



# **Curso de Capacitación a Docentes Internos de la Unidad de Capacitación**

## **Incorporación del enfoque de género y el enfoque generacional en actividades de capacitación judicial**

**Docente: Abg. María Elena Attard  
Bellido**

---

**Gestión 2022**



## **MÓDULO 2**

**IGUALDAD Y NO  
DISCRIMINACIÓN. UNA MIRADA  
DESDE EL ENFOQUE DE GÉNERO Y  
EL ENFOQUE GENERACIONAL**

## ACRÓNIMOS

AS	Auto Supremo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDAW	Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CDN	Convención de Derechos del Niño
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CFPF	Código de las Familias y del Proceso Familiar
CNNA	Código Niño, Niña y Adolescente
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Convención Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
Comité CEDAW	Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Comité DDHH	Comité de Derechos Humanos
Comité DN	Comité de Derechos del Niño
CPE	Constitución Política del Estado
CP	Código Penal
CPP	Código de Procedimiento Penal
DCP	Declaración Constitucional Plurinacional
DNA	Defensoría de la Niñez y Adolescencia
FELCV	Fuerza Especial de Lucha contra la Violencia
LGBTI	Personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, intersexuales.
MESECVI	Mecanismos de Seguimiento a la Convención Belém do Pará
NAPIOCs	Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinas
NNA	Niñas, Niños y Adolescentes
OC	Opinión Consultiva
OMS	Organización Mundial de Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCPs	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESCs	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SC	Sentencia Constitucional
SSCC	Sentencias Constitucionales
SCP	Sentencia Constitucional Plurinacional
SCP's	Sentencias Constitucionales Plurinacionales
SEPDAVI	Servicio Plurinacional de Atención a las Víctimas
SIDH	Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos
SIJPLU	Servicios Integrados de Justicia Plurinacional
SLIM	Servicios Legales Integrales Municipales
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia

# ÍNDICE

1. La cláusula de igualdad y no discriminación
2. Categorías o criterios prohibidos de discriminación
3. Directa relación entre violencia y discriminación: la afectación a grupos de atención prioritaria.
  - 3.1. Una mirada desde el enfoque de género y el enfoque generacional
    - 3.1.1. La violencia en relación a mujeres y NNyA
    - 3.1.2. La violencia en relación a personas adultas mayores
    - 3.1.3. La violencia en relación a personas con discapacidad
4. El deber de remover obstáculos de hecho y de derecho y necesidad de aplicar el enfoque de género e interseccional

## **I. LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

1. Las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos
2. Alcance del término NNyA
3. La doctrina de la protección integral del niño y su vinculación con la garantía de no discriminación
  - 3.1. El derecho a las familias de las NNyA a la luz de la doctrina integral de protección
4. Principios especiales para la protección de NNyA
  - 4.1. Principio de protección especial a las NNyA
  - 4.2. Principio del interés superior de las NNyA
  - 4.3. Principio de autonomía progresiva de la voluntad
  - 4.4. Principio de igualdad de las NNyA y de prohibición de discriminación
  - 4.5. Principio de humanidad y trato digno
  - 4.6. Principio de excepcionalidad
  - 4.7. Principio de legalidad
  - 4.8. Principio de no regresividad
  - 4.9. Principio de especialización

## **II. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA**

1. El sexo, el género y el modelo hegemónico de masculinidad
2. La igualdad sustantiva y la garantía de prohibición de discriminación
3. ¿Por qué investigar y juzgar con enfoque de género e interseccional?

## 1. La cláusula de igualdad y no discriminación

La igualdad se constituye en el fundamento de los derechos humanos y por ello esta cláusula se encuentra en la generalidad de normas internacionales. La igualdad genera dos obligaciones para el Estado: **i)** la igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferenciado injustificado; y, **ii)** la igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas<sup>1</sup>. En este marco, desde la garantía de igualdad sustantiva y prohibición de igualdad consagrada en el art. 14.II de la Constitución, las autoridades judiciales y también el MP no están sujetas a la tradicional neutralidad que conlleva la igualdad sustantiva, sino más bien, desde el derecho internacional de los derechos humanos y desde los enfoques de género e interseccionalidad, están vinculados a la prohibición de neutralidad y a la adopción de medidas diferenciadas, esto por los patrones estructurales de discriminación<sup>2</sup>.

En efecto, la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas<sup>3</sup>.

La igualdad sustantiva es interdependiente a la garantía de no discriminación, vinculada a ciertas *categorías sospechosas* que podrían dar lugar a la discriminación y,

---

<sup>1</sup> Serrano Guzmán, Silivia. “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano. Año XXV, Bogogá, 2019, pp. 369-407.

<sup>2</sup> Roberto Saba, plantea un ejemplo sencillo. Su ejemplo describe un proceso de selección para una orquesta sinfónica. A fin de evitar la crítica sobre la composición de dicha orquesta por parte de hombres blancos, se decide que el concurso será únicamente de mérito. Para garantizar toda neutralidad, las personas a cargo de seleccionar son aisladas de forma tal que puedan escuchar, pero no ver a los competidores. Tras este proceso, los ganadores fueron, nuevamente, hombres blancos. El autor explica que esta situación se puede explicar porque muchos postulantes no tuvieron la posibilidad real de competir por no tener las mismas oportunidades de formación o porque se autocensuraron ante la desesperanza de ser seleccionados en un espacio históricamente excluyente. Saba, Roberto. Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?. Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

<sup>3</sup> Salmón, Elizaberth y Cristina Blanco. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1ra. Ed.). Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. P 105.

por lo tanto, generar desigualdad, por eso es tan importante resaltar la prohibición de neutralidad como una de las manifestaciones de la igualdad sustantiva. En este contexto, de acuerdo a Serrano, el trato igualitario respecto de grupos en situación de desigualdad o discriminación estructural puede constituirse en la fuente que causa, profundiza, intensifica o perpetúa la desigualdad o discriminación<sup>4</sup>.

Por ello, ambos términos – igualdad y no discriminación- se encuentran enlazados tanto en las normas internacionales como internas, constituyéndose en conceptos complementarios: mientras el primero “tiene una connotación positiva, en tanto trata de garantizar que todas las personas sean iguales en el goce y en el ejercicio de los derechos”, el segundo tiene un sentido negativo “debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas”<sup>5</sup>.

En las normas internacionales sobre derechos humanos, existen definiciones específicas sobre discriminación, como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>6</sup>, cuya definición fue adoptada por el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 18, conforme al siguiente texto:

**Definición de discriminación (OG No. 18 Comité de DDHH)**

“El término discriminación (...) debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Serrano Guzmán, Silvia. Op. cit. pp. 396.

<sup>5</sup> Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Servicio Profesional en Derechos Humanos, Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación, México, 2011, p. 9

<sup>6</sup> El art. 1 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, tiene el siguiente texto: “A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, párraf. 7. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom18.html>.

La Corte IDH, ha interpretado la igualdad y no discriminación, haciendo énfasis en el hecho de que de la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. Por ello la Corte IDH ha sido enfática en afirmar que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* y sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

## 2. Categorías o criterios prohibidos de discriminación

De dicha descripción de la igualdad y no discriminación, es posible evidenciar que existen determinadas categorías sospechosas de discriminación, vinculadas al sexo, el color, la edad, la orientación sexual, la identidad de género, etc., que históricamente han generado un tratamiento diferenciado para la restricción o limitación de derechos.

### **Los criterios prohibidos de discriminación en la Constitución boliviana**

Los criterios prohibidos de discriminación, están disciplinados como un catálogo abierto y no cerrado por el artículo 14.II de la Constitución, disposición que establece: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tenga por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona”.

Estas categorías sospechosas, como estableció la Corte IDH en el caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, no se constituyen en un catálogo taxativo o limitativo sino meramente

---

<sup>8</sup> Entre otras: Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 101; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269; Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 216; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 238, Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 109.

enunciativo. Pues la redacción del art. 1.1. de la CADH, deja abierto el catálogo de categorías sospechosas, al incluir el término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas<sup>9</sup>.

De esta forma la Corte IDH interpretó La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención desde la opción más favorable a la persona y de conformidad con la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo<sup>10</sup>. El mismo sentido, puede extraerse del art. 14.II<sup>11</sup> de nuestro texto constitucional cuando a momento de describir las mismas establece “u otras”, lo que significa que existirá discriminación cuando se realiza un trato desigual entre las personas por alguno de los motivos señalados en las normas internacionales o en la Constitución, pero también cuando existan otros motivos no específicamente señalados en dichas normas.

Cabe advertir que la existencia de estas categorías no es suficiente para hablar de discriminación, sino que será preciso, además, que dicha distinción, exclusión o trato diferenciado tenga por objetivo o tenga por resultado anular o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos de toda persona. Así, para que exista discriminación deberán presentarse los siguientes elementos:

- 1) Un acto u omisión que distinga, excluya u otorgue un trato diferente a una persona o un grupo de personas.**
- 2) Que ésta distinción, exclusión o trato diferenciado esté motivado por una condición específica de la persona como**

---

<sup>9</sup> Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85: “Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”.

<sup>10</sup> Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 84.

<sup>11</sup> El art. 14.II señala: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”.



**el sexo, el género, la raza, el origen social, la preferencia sexual u otras condiciones sociales**

**3) Que el resultado de dicho acto u omisión sea la limitación o negación o disminución de alguno de los derechos fundamentales de las personas”<sup>12</sup>.**

Así, tanto la Corte IDH como el TCP, han establecido que no toda distinción debe considerarse como discriminatoria y lesiva al derecho a la igualdad, sino que pueden existir distinciones que estén justificadas de manera razonable, como por ejemplo las medidas positivas o acciones afirmativas. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, señaló:

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran (párr. 89)<sup>13</sup>.

A partir del razonamiento anterior, es necesario distinguir, la igualdad formal, la igualdad material o sustantiva y la igualdad estructural. La primera, contemplada en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en nuestra Constitución del Estado, está referida a la aplicación igual de la ley a todas las personas con independencia de sus características personales. Bajo dicha concepción formal, a todas las personas se les reconoce los mismos derechos en términos universales,

---

<sup>12</sup> Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Servicio Profesional en Derechos Humanos, op. Cit. P. 14. Estos requisitos también han sido asumidos por el art. 14.II de la Constitución boliviana.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

siendo irrelevante el contexto de discriminación y violencia histórica y estructura en el que han vivido determinados grupos, que les impide ejercer sus derechos de manera igualitaria; como es el caso de las mujeres, indígenas, personas de diversa orientación sexual e identidad de género, etc.

La igualdad material o sustantiva asegura el ejercicio pleno de derechos a todas las personas y colectividades sin ningún tipo de discriminación, distinción arbitraria u obstáculos que dificulten o impidan su vigencia plena, a cuyo efecto, debe asumirse todas las medidas destinadas a modificar patrones culturales, sociales, religiosos, económicos, educativos o de otra índole que implique supresión o limitación del goce de derechos; asimismo, la igualdad sustantiva obliga al Estado a adoptar medidas de carácter normativo, de política pública o de interpretación jurisprudencial destinadas a superar obstáculos de hecho o de derecho que impidan el goce pleno de derechos.

En coherencia con lo anotado, la igualdad estructural, asegura el ejercicio pleno de derechos en contextos que no existan patrones sociales, históricos o culturales que obstaculicen o impliquen barreras de hecho o de derecho para el goce pleno y sin discriminación de derechos.

De acuerdo a lo precisado, la discriminación directa, indirecta, interseccional y estructural afectan la garantía de igualdad sustantiva y por ende el ejercicio pleno de derechos.

#### **Discriminación directa**

Existe discriminación directa cuando la norma, la política pública o el entendimiento judicial o administrativo contempla de manera explícita una distinción injustificada y desproporcional que restringe o excluye el goce o el ejercicio pleno de un derecho a una persona o grupo de personas.

#### **Discriminación indirecta**

Existe discriminación indirecta cuando una norma, política pública o entendimiento judicial o administrativo, si bien aparenta ser neutral, empero, por relaciones jerarquizadas de poder o situaciones estructurales de asimetría o desventaja, genera un trato o impacto diferenciado e injustificado en determinadas personas o colectividades.

#### **Discriminación interseccional**

La discriminación interseccional se manifiesta en tratos diferenciados injustificados y desproporcionados ocasionados por varios factores como

ser sexo, género, raza, origen, condición económica, entre otros, que se entrecruzan y que colocan a las personas o colectividades en una situación de mayor vulnerabilidad.

#### **Discriminación estructural**

La discriminación estructural está vinculada con la desigualdad estructural y se manifiesta en actos, omisiones o distinciones injustificadas basadas en prácticas jerarquizadas, creencias y prejuicios excluyentes que son reproducidos por las instituciones públicas o privadas y por todo el orden social, político, económico, cultural o religioso y que afecta a personas o grupos históricamente discriminados, como el caso de las mujeres o las personas LGBTI.

Asimismo, en modelos de Estados respetuosos de los derechos humanos y de la cláusula de igualdad sustantiva, debe considerarse las situaciones de discriminación formal y de discriminación sustantiva.

#### **Discriminación formal**

Existe discriminación formal cuando los marcos normativos de los estados no aseguran igualdad ni la prohibición de discriminación por motivos prohibidos.

#### **Discriminación sustantiva**

En la discriminación sustantiva, un grupo de personas que forman parte de alguno de los grupos contenidos en los motivos prohibidos, son víctimas de históricas injusticias o prejuicios sistemáticos y continuos. En estos casos, los Estados deben asumir medidas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generen o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto.

Es importante señalar que el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia, de manera expresa hace referencia a la discriminación estructural en los siguientes términos:

...está vinculada con la desigualdad estructural... y hace referencia al conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, que provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a una población o grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada: sistemática cuando

persistente y presente en todo el orden social, e históricamente determinada en cuanto a su origen y permanencia en el tiempo (p. 20).

A partir del concepto de discriminación estructural y en aras de consolidar una igualdad sustantiva, el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado **las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación**, ya que los mismos han generado históricas relaciones de jerarquización, asimetría y discriminación y tienen la finalidad de limitar o suprimir el ejercicio pleno de derechos.

En este sentido Serrano señala que existen categorías asociadas a grupos históricamente sometidos y excluidos cuando se entiende la categoría desde un punto de vista asimétrico, así como a grupos habitualmente asociados a estereotipos o prejuicios que son, a su vez, la causa y la consecuencia de la discriminación<sup>14</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, al referirse a las categorías sospechosas señaló que son aquellas que: **i)** se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; **ii)** han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienen a menospreciarlas; y, **iii)** no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales<sup>15</sup>.

En el derecho internacional de los derechos humanos, existe una presunción de discriminación en cuanto a las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación. En este contexto, se presume que toda norma, política pública o decisión judicial o administrativa vinculada a uno de los criterios prohibidos de discriminación, contiene un trato diferenciado injustificado en base a los prejuicios o creencias discriminatorias que conllevan estas categorías y que por tanto implican una limitación o supresión arbitraria para el ejercicio pleno de derechos, por lo que, el Estado, a través de sus agentes, tiene la carga probatoria y argumentativa para demostrar que la decisión asumida es armónica con la igualdad sustantiva.

De acuerdo a Serrano, cuando se analizan diferencias de trato basadas en categorías sospechosas existen tres aspectos que deben ser considerados: **i)** la

---

<sup>14</sup> Serrano Guzmán, Silvia. Op. cit. pág. 376.

<sup>15</sup> Esta postura de la Corte IDH, fue citada por Serrano Guzmán, op. cit. p. 337.

presencia explícita o implícita de la categoría sospechosa; **ii)** la realidad o percepción de la vinculación de la persona con la categoría; y **iii)** la coexistencia de otros elementos objetivos<sup>16</sup>. Cuando existen estos tres criterios y el caso plantea una diferencia de trato basada en estas categorías sospechosas, la autoridad jurisdiccional o el Ministerio Público (MP), deben realizar el **test de proporcionalidad**, considerando que esta diferencia de trato se presume inconvencional y, por tanto, quien tiene la carga de argumentar su justificación es el Estado a través del referido test<sup>17</sup>.

La Corte IDH en la OC 24/17 considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso (párr. 81).

Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma (*Ibid.*).

De acuerdo a lo señalado, se colige que el test de proporcionalidad que debe ser utilizado en casos de tratos diferenciados arbitrarios vinculados a criterios prohibidos de discriminación debe contener los siguientes criterios de análisis:

#### **Test de proporcionalidad**

El test de proporcionalidad tiene los siguientes niveles: **i)** la finalidad invocada por el Estado y su legitimidad; **ii)** la relación de idoneidad o de medio a fin entre la diferencia de trato y dicha finalidad; **iii)** la relación de necesidad o la inexistencia de medios menos lesivos e igualmente idóneos; y **iv)** la relación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es,

---

<sup>16</sup> Serrano Guzmán, Silvia. Op. cit. pág. 383.

<sup>17</sup> *Ibid.*

la ponderación de si el grado de logro de la finalidad legítima se encuentra justificada por el grado de afectación generada por la diferencia de trato<sup>18</sup>.

El análisis de los derechos de las personas LGBTI debe considerar la histórica discriminación que han sufrido y que aún persiste y que los hace susceptibles de violencia, discriminación y exclusión, por lo que el Estado tiene obligaciones especiales y positivas de prevención, protección y acceso a la justicia. En este sentido, de manera específica la Corte IDH, en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, ha señalado que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por la Convención, en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, sea esta real o percibida, pues ello sería contrario a lo establecido en el art. 1.1 de la CADH.

Asimismo, es importante destacar que la Corte IDH en la OC 24/17 aplicó el test de igualdad en relación a un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, estableciendo que un trato diferenciado en relación al derecho a fundar una familia -sea por una unión marital o de hecho o un matrimonio civil-, no logra superar un test estricto de igualdad, pues, de acuerdo a la Corte no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional (párr. 220).

### **3. Directa relación entre violencia y discriminación: La afectación a grupos de atención prioritaria.**

Existe una directa relación entre discriminación, criterios prohibidos de discriminación y violencia, en este sentido, la Corte IDH, al referirse a la violencia contra la mujer, en el caso *Velásquez Paíz y otros* ha advertido esta relación al señalar que "...es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" (párr. 175). Al respecto, es importante agregar que éstas relaciones históricas de asimetría no solamente afectan a mujeres, sino también a otros grupos de atención prioritaria, como ser niñas, niños y adolescentes (NNA), personas con discapacidad, personas adultas mayores y a cualquier persona que por sus circunstancias particulares se encuentre en una situación de vulnerabilidad o desventaja.

---

<sup>18</sup> Serrano Guzmán, Silvia. Op. cit. pág. 374.

A la luz de la perspectiva anotada, el TCP desarrolló el concepto de violencia en razón de género al interpretar el art. 5 de la Ley 348 y estableció que éstas relaciones asimétricas de poder en razón a género, no sólo afecta a las mujeres, sino también a NNA, a personas LGBTI, a personas adultas mayores, a personas con discapacidad y a otras personas en situación de vulnerabilidad, criterio que fue asumido por el TCP en la SCP 0346/2018-S2 de 18 de julio, la cual se resume en los siguientes términos:

#### SCP 0346/2018-S2

El TCP, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 348, estableció que las previsiones de esta norma se amplían a toda persona en situación de vulnerabilidad, independientemente de su género; por cuanto, la violencia reprochada en dicha ley, si bien tiene como sujeto de protección a la mujer, por la violencia y la discriminación estructural que existe contra ella; sin embargo, también puede extenderse a varones, en los casos en los cuales éste sea víctima de violencia en razón de género.

En este marco, el TCP establece también que la violencia en razón de género, no solo debe ser entendida como aquella ejercida contra mujeres, sino contra todos quienes se aparten de los roles y estereotipos asignados a hombres y mujeres; de tal suerte que, si un varón “no cumple” con dichos roles que social, histórica y culturalmente se le asignó -proveedores, jefes de familia, etc.- y a consecuencia de dicho incumplimiento es sometido a violencia por parte de su entorno, indudablemente también será víctima de violencia en razón de género; y por lo tanto, debe ser protegido por la Ley 348.

Sin embargo, la sentencia aclara que los casos de violencia contra la mujer son mayores; pues, como se tiene señalado, fue histórica y culturalmente discriminada, de ahí, la preeminencia de su protección; de donde se concluye que en los casos en los que los varones aleguen violencia en razón de género, deberá demostrarse su situación de vulnerabilidad a consecuencia de las agresiones y violencia ejercida en su contra o producto de los estereotipos y roles de género, que lo sitúan en una desventaja y subordinación en su entorno; para ello, será conveniente efectuar el análisis de cada problema jurídico en su contexto y motivaciones propias, que serán diferentes en cada caso, debiendo demostrarse de manera objetiva dicha situación de vulnerabilidad; pues, si ésta no se presente, corresponderá que el caso sea resuelto a partir de las normas penales y procesales penales. (FJ III.3).

### **3.1. Una mirada desde el enfoque de género y el enfoque generacional.**

#### **3.1.1. La violencia en relación a mujeres y NNyA**

En el SIDH, la Convención Belem do Pará, en su preámbulo establece que la violencia contra la mujer “es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Por su parte, el artículo 3 de este instrumento internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad establece que “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En el SUDH, el Comité para la CEDAW, en la recomendación General 35, cambia la denominación de “violencia contra la mujer” por la de “violencia por razón de género de la mujer”, al entender que es un término más preciso que resalta las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia, en este contexto, entiende que la violencia por razón de género de la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados (párr. 9-10).

A partir del fenómeno de especificidad del derecho internacional de los derechos humanos, tanto el SUDH, como el SIDH han asumido instrumentos específicos en cuanto a la discriminación y violencia contra las mujeres y las NNA. En este sentido, se tiene a la Convención de Derechos del Niño (CDN), a la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará).

En coherencia con este *corpus iure internacional*, el Estado Plurinacional de Bolivia aprobó normativa específica para la protección de mujeres y niñas víctimas de violencia en razón de género, así, se tiene a la Ley 348 (Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia), la Ley 1173 (Ley de abreviación procesal penal y de fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres), o el Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA).



### **3.1.2. La violencia en relación a personas adultas mayores**

En la directa relación que existe entre discriminación y violencia, ésta puede afectar también a las personas adultas mayores, razón por la cual, el Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de sus obligaciones internacionales, debe brindarles una protección reforzada.

En el SUDH, tenemos los siguientes instrumentos internacionales que protegen a las personas adultas mayores:

<b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b>
<b>Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad</b>
<b>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</b>
<b>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b>
<b>Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer</b>
<b>Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</b>
<b>Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</b>
<b>Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de familiares</b>

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se tienen los siguientes convenios:

<b>Convenio No. 102 sobre la seguridad social</b>
<b>Convenio No. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes</b>

En relación a personas adultas mayores, en el SUDH se tienen las siguientes Observaciones Generales y Recomendaciones de los órganos de tratados de la ONU y OIT:

**CEDAW, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres mayores y la protección de sus derechos humanos**

**CESCR, Observación general No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.**

**CESCR, Observación general No. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.**

**CESCR, Observación general No. 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.**

**CCPR, Comentario General No. 18 sobre no discriminación**

**CRPD, Observación general No. 2 sobre el Artículo 9: Accesibilidad**

**OIT, Recomendación sobre los pisos de protección social, No. 202.**

**OIT, Recomendación sobre los trabajadores de edad, No. 162.**

**OIT, Recomendación sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, No. 131.**

En el ámbito del SIDH, se tiene uno de los grandes instrumentos en derechos humanos específicos para la protección de personas adultas mayores, que es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, ratificada por Bolivia

De acuerdo a este instrumento internacional, se considera persona adulta mayor a toda persona de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años (Art. 2).

Con la finalidad de brindar una protección reforzada a la persona adulta mayor y protegerla de toda forma de violencia -por la directa relación entre violencia y discriminación que ya se anotó-, éste instrumento aborda ejes temáticos esenciales, entre ellos, los principios generales de protección a las personas adultas mayores, los

deberes específicos de protección y el catálogo reforzado de derechos de titularidad de las personas adultas mayores.

En el ámbito interno, se aprobó la Ley No. 369 de 1 de mayo de 2013, denominada Ley General de las personas adultas mayores. Esta norma, en el artículo segundo establece que son titulares de los derechos las personas adultas mayores de sesenta años o más de edad.

Esta norma también desarrolla de manera específica los principios de no discriminación, no violencia, descolonización, solidaridad intergeneracional, protección, interculturalidad, participación, accesibilidad, autonomía y auto-realización, entre otros. Asimismo, desarrolla los derechos y garantías específicos de las personas adultas mayores.

### **3.1.3. La violencia en relación a personas con discapacidad**

En la directa relación que existe entre discriminación y violencia, ésta puede afectar también a las personas adultas mayores, razón por la cual, el Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de sus obligaciones internacionales, debe brindarles una protección reforzada.

En el SUDH, tenemos los siguientes instrumentos internacionales que protegen a las personas adultas mayores:

<b>Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</b>
<b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b>
<b>Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad</b>
<b>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</b>
<b>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b>
<b>Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer</b>
<b>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial</b>

## Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de Familiares

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido relevante en el avance del derecho internacional de los derechos humanos para una protección reforzada y sin discriminación para este sector históricamente discriminado y en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito interno, se aprobó la Ley No. 223 de 2 de marzo de 2012 denominada Ley General para Personas con Discapacidad, destinada a garantizar a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno de sus derechos a la luz de una protección integral y un trato preferente. En esta ley se desarrollan los principios especiales de protección para las personas con discapacidad y los derechos específicos y reforzados de las personas con discapacidad. Entre los derechos más importantes, se tiene los siguientes: A la vida, a la protección de su familia, a constituir familia, a la protección del Estado, a la educación, a la comunicación en sistemas y lenguas alternativas, a servicios de salud integrales y gratuitos, al empleo, trabajo digno y permanente, a la identidad, a la vivienda, a albergues o centros de acogida, a la accesibilidad, a la participación política a la integridad, a tomar decisiones independientes, entre otros.

En este punto, es importante señalar que la discriminación y la violencia en relación a personas LGBTI, serán abordados de manera específica más adelante.

### **4. El deber de remover obstáculos de hecho y de derecho, y la necesidad de aplicar el enfoque de género e interseccional**

La Corte IDH en el caso Campo Algodonero vs. México, analizó la discriminación estructural hacia la mujer y a partir de identificar un patrón estructural de discriminación estableció el deber de juzgar con perspectiva de género para remover obstáculos de hecho y de derecho. En este sentido, para asegurar la igualdad sustantiva y estructural y remover la discriminación estructural, interseccional, directa e indirecta, los Estados, a través de sus agentes estatales, como ser jueces, fiscales y otros operadores del sistema, deben identificar dichas asimetrías para así superar obstáculos de hecho o de derecho que eviten el ejercicio pleno de derechos sin discriminación.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, el enfoque de género e interseccional es un método del derecho y de otras ramas de la ciencia, como la psicología, la sociología, el

trabajo social, la antropología, etc., que tiene la finalidad de identificar situaciones de discriminación, asimetría o desventaja estructural e individual por razones de sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otros criterios prohibidos de discriminación, para así asegurar el ejercicio pleno de derechos en igualdad sustantiva y estructural.

De acuerdo a la Fiscalía General del Estado, durante la gestión 2020 se produjeron 35.824 denuncias por delitos de la Ley 348 (Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia), en este marco, si en el caso boliviano se utiliza el método contextual utilizado por la Corte IDH en el caso Campo Algodonero vs. México, es razonable sustentar que existe un patrón estructural de discriminación contra la mujer y las personas LGBTI, y también situaciones individuales de asimetría y discriminación por razón de género, orientación sexual o identidad de género, por tanto, para que el Estado Plurinacional de Bolivia cumpla sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de las víctimas, es deber del Ministerio Público investigar todos los casos con enfoque de género e interseccional. Asimismo, es deber de las autoridades judiciales juzgar a partir de este método del derecho.

Además, en coherencia con lo señalado, es importante destacar que los enfoques de género e interseccionalidad cuestionan la cisnormatividad y la heteronormatividad emergente de sistemas jurídicos con arraigo en prejuicios, estereotipos y creencias de jerarquización y de categorización binaria de un sistema sexo/género.

#### **Cisnormatividad**

Idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva (OC) 24/17 párr. 32.

#### **Heteronormatividad**

Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes (OC-24/17 párr. 32).

Por lo anotado, es importante precisar que “La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. En tanto este enfoque se hace cargo de

detectar los impactos diferenciados que una norma genera y de buscar soluciones a través del derecho, lo que determina si en un proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en sexo, género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas” (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, p. 77).

Después del caso Campo Algodonero vs. México, la Corte IDH, ha desarrollado el deber de incluir la perspectiva de género en los casos Espinoza Gonzáles Vs. Perú (párr. 309) y Véliz Franco y otros Vs. Guatemala (párr. 251).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, también desarrolló el deber de investigar y juzgar con perspectiva de género en las SCPs 0064/2018-S2 de 15 de marzo y 0017/2019-S2 del 13 de marzo, entre otras.

#### SCP 0064/2018-S2

Independientemente de la conformación del Tribunal, ya sea por varones o por mujeres, sus integrantes están obligados a aplicar una perspectiva de género, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Boliviano, nuestra Constitución Política del Estado y las normas internas; en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, por Acuerdo de Sala Plena 126/2016 de 22 de noviembre, aprobó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que contiene los estándares internacionales e internos que tienen que ser cumplidos de manera obligatoria por jueces, juezas y tribunales.

#### SCP 0017/2019-S2

El TCP en el marco de una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y concretamente a la luz de la Convención Belém do Pará y el art. 15 de la Constitución, y de acuerdo a los estándares del Comité para la Eliminación de las Discriminación Contra la Mujer CEDAW y de la Corte Interamericana de Protección a Derechos, desarrolló el deber de los operadores jurídicos de incluir la perspectiva de género para lograr una igualdad de hecho y de derecho, para lo cual, los operadores del sistema, deben tramitar los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género, pero además, deben revisar las normas sobre la carga de la prueba, para asegurar así esta igualdad de hecho y de derecho. Esta perspectiva de género, debe ser asumida desde el inicio de la etapa preparatoria, tanto en el control jurisdiccional como en la fase de investigación. (FJ III.1.2).

Es importante señalar también que el Tribunal Supremo de Justicia, ha desarrollado el enfoque de género en los siguientes términos:

### Auto Supremo 653/2019

La perspectiva de género debe ser utilizada, de manera transversal en todos los procesos judiciales, en las diferentes materias cuando del contexto del proceso adviertan una relación asimétrica de poder que coloque a la persona en una situación de marginación, vulnerabilidad o discriminación, pues como emergencia de la asimetría causada por esa condición de vulnerabilidad el Estado está obligado a generar o reforzar la protección de los derechos de ese grupo, pudiendo ser política, económica e incluso judicial, esta última obviamente a través de los operados o administradores de justicia.

Asimismo, es importante señalar que tanto la investigación como el juzgamiento de delitos de violencia en razón de género, deben aplicar el enfoque de interseccionalidad para identificar las situaciones múltiples de discriminación que se interseccionan y colocan a la persona en una situación de mayor vulnerabilidad o desventaja.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la aplicación del enfoque interseccional en la SCP 0358/2018-S2 de 24 de julio, en los siguientes términos:

### SCP 0358/2018-S2

El TCP establece que el enfoque de interseccionalidad es una herramienta para analizar vulneraciones al derecho a la igualdad cuando se presentan múltiples factores de discriminación que afecten el ejercicio pleno de derechos, en este marco, a partir del enfoque de género puede tenerse una mirada plural de la discriminación y violencia hacia diversas categorías biológicas, sociales y culturales, como el sexo, el género, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la edad, la nacionalidad y otros ejes de identidad que se interaccionan en múltiples y a menudo simultáneos niveles de discriminación y violencia, comprendiendo las desigualdades y necesidades de esta población en los casos concretos, las cuales pueden estar atravesadas por diversas identidades y otros factores que las coloquen en situaciones mayores de subordinación, violencia y discriminación. (FJ III.3.1.).

Los entendimientos jurisprudenciales descritos, al contener los estándares jurisprudenciales más altos, son precedentes en vigor y generan efectos vinculantes para las autoridades jurisdiccionales, quienes deben aplicar estos enfoques en los delitos de violencia en razón de género y en cualquier materia por tener sustento en los principios constitucionales de igualdad y prohibición de discriminación.

# I. LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

## 1. Las niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos

En este apartado se abordarán los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA), de acuerdo a su desarrollo tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como en el marco de la protección constitucional. Es importante señalar que los derechos de las NNA están consagrados en el artículo 56 de la CPE.

### Las NNA como titulares de derechos

Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

Por su parte, el art. 60 de la CPE consagra el principio de interés superior del niño, al disponer:

### El interés superior de las NNA

Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido el art. 8.II del Código Niña, Niño y Adolescente (en adelante CNNA), establece que es obligación primordial del Estado en todos sus niveles, garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.



Al margen de las disposiciones constitucionales antes precisadas, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe un *corpus jure internacional de protección de los derechos del niño*, el cual, en esta materia se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes<sup>20</sup>.

Al respecto, la CIDH, al interpretar el art. 19 de la CADH, señaló que tanto este instrumento sobre Derechos Humanos cuanto la CDN, así como el Protocolo de San Salvador, forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de derechos humanos de los niños<sup>21</sup>.

Además, la Corte IDH, en ejercicio de sus roles interpretativos, a través de la Opinión Consultiva (OC) 17/02, precisó que:

En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1958); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parr. 16, disponible en: [http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#\\_ftn1](http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#_ftn1)

<sup>21</sup> Ver Caso de los Niños de la Calle vs. Guatemala. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999 Parr. 194. Caso Contreras y otros vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 107. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, parr. 137. Ver también Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999, parr. 115.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 17/02 párr. 26. En cuanto a esta opinión debe señalarse que la Comisión, en ejercicio de la atribución 64.1, sometió a consulta de la Corte, solicitando que se “ interprete si los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo al artículo 19 de la misma”, y para ello planteó cinco prácticas hipotéticas con el propósito de que la Corte se pronuncie sobre la compatibilidad de éstas con la Convención Americana a saber: **a)** la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento; **b)** la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor; **c)** la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; **d)** la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa para el menor; y **e)** la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa

Asimismo, en esta opinión consultiva, se señala que, en cuanto al SIDH, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)<sup>23</sup>.

En el marco de lo señalado, se concluye que el parámetro de convencionalidad inserto en el bloque de constitucionalidad boliviano, en tema de derechos de NNA, en el ámbito del SUDH, entre otros, por los siguientes instrumentos internacionales:

<b>1) Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH);</b>
<b>2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)</b>
<b>3) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC);</b>
<b>4) Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y sus protocolos facultativos<sup>24</sup>;</b>
<b>5) Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (DDN)<sup>25</sup>;</b>

---

determinación. Además, se requirió a la Corte que formule “criterios generales válidos” sobre estos temas (Parr. 18)

<sup>23</sup> Ibidem parr. 27.

<sup>24</sup> La Convención de Derechos del Niño, fue adoptada y abierta para firma y ratificación a través de la Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, de conformidad con el art. 49, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Fue ratificada por Bolivia mediante Ley 1152 de 14 de mayo de 1990. Esta convención tiene dos Protocolos Facultativos: a) El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el cual fue adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobado por Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002, de conformidad con el artículo 14.1. Este fue suscrito por Bolivia el 10 de noviembre de 2001 y ratificado por Ley 2367 de 7 de mayo de 2002; y b) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, adoptado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002, de conformidad con el artículo 10.1. Fue ratificado por Bolivia mediante Ley 2827 de 3 de septiembre de 2004.

<sup>25</sup> Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 1386 (XIV) (1959)

**6) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

**7) Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda;**

**8) Convenio de la Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional**

**9) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing de 1985);**

También, es importante recalcar que el *parámetro de convencionalidad* en materia de NNA en el ámbito del SUDH, se encuentra conformado por todas las interpretaciones que realice el Comité de Derechos del Niño a través de las llamadas *Observaciones Generales*<sup>26</sup>, las cuales inequívocamente forman parte del Bloque de Constitucionalidad

---

<sup>26</sup> El art. 43 de la CDN es la base convencional del Comité de los Derechos del Niño, así, el art. 43.1, señala: “Con la finalidad de examinar los progresos realizados en cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño...”, El numeral segundo de esta disposición, precisa que el citado Comité, estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Este artículo, dispone también que los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos. El numeral 5, señala que las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas, en esa reunión, con dos tercios de quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes. El numeral 10 de esta disposición convencional, señala que las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité y que el Comité se reunirá normalmente todos los años.

Además, el art. 44 de la CDN, señala en su primer numeral que “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos cada cinco años.

En el año 2011 en la Sesión No. 17 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se adoptó el Protocolo Opcional, disponible a partir del año 2012, cuya entrada en vigor fue prevista a partir de la décima ratificación y sólo los Estados que lo ratifiquen estarán sujetos al contralor de la Comisión, destinado a crear un mecanismo de comunicación de las diferentes violaciones a los derechos de los niños tanto de particulares como de otros Estados. Este protocolo establece que el Comité de los Derechos del Niño, será el órgano receptor de las comunicaciones que denuncien violaciones a los derechos humanos de los niños que deberán

boliviano. Asimismo, las observaciones del Comité de Derechos Humanos, entre otras, también forman parte del citado bloque de constitucionalidad.

i) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

ii) Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

iii) Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará).

iv) Protocolo de San Salvador.

Es importante precisar que de acuerdo a la Sentencia Constitucional 110/2010-R del 10 de mayo -que ya fue abordada en la primera unidad temática-, también las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano, en consecuencia, en materia de derechos del NNA, todas las opiniones consultivas y sentencias des SIDH son de aplicación directa y preferente al ordenamiento jurídico interno.

## 2. Alcance del término NNA

El término “niño”, fue desarrollado en el art. 1 de la CDN en los siguientes términos:

### **Convención de Derechos del Niño (Art. 1)**

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

---

realizarse por estricto. El citado Comité carece de facultades para imponer sanciones a los Estados parte, pero puede recomendar a la Asamblea General que solicite al Secretario General de las Naciones Unidas la realización de estudios sobre cuestiones concretas. Hasta el momento 23 países han firmado el citado protocolo: Austria, Bélgica, Brasil, Chile, Costa Rica, Finlandia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Maldivas, Malí, Marruecos, Montenegro, Perú, Portugal, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España y Uruguay, entre otros. Ver BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en: *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, op. cit., p 451.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por su parte, la Corte IDH, ha establecido lo siguiente:

En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes<sup>27</sup>.

Los criterios rectores antes descritos son muy relevantes, ya que, por ejemplo, la CDN prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de quince años, aspecto plasmado además en los artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; de la misma forma, está prohibida la pena de muerte a menores de 18 años. Asimismo, la Resolución de 21 de noviembre de 2014, adoptada por la Asamblea General durante la 69ª Sesión, en base al alcance del término “niño”, tiene la finalidad de prevenir y erradicar el matrimonio infantil forzado<sup>28</sup>.

Por su parte, el Convenio 138 de la OIT, en sus arts. 2.3 y 3.1, prohíbe realizar trabajo de tiempo completo antes de los quince años, además de llevar a cabo trabajos peligrosos antes de los dieciocho años.

Al margen de las precisiones antes realizadas sobre la importancia del alcance del término “niño”, la relevancia de éste en el presente trabajo, será su utilización en el sentido desarrollado por la Convención de los Derechos del Niño y por la Corte IDH, en ese marco y en adelante, este término abarcará el concepto de “niña, niño y adolescente”.

---

<sup>27</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17/2002, parr. 42

<sup>28</sup> Según datos estadísticos, en el mundo, cada día, 39.000 niñas son forzadas a casarse, en este contexto, de acuerdo a Concha López, Directora General de Plan Internacional en España, la aprobación de la indicada Resolución “Es un paso fundamental para erradicar esta práctica que afecta a cerca de 70 millones de niñas y adolescentes en el mundo. La resolución de la ONU no debe quedarse en el papel y debe ser lo que impluse a las naciones a actuar y proteger las vidas y el futuro de millones de niñas”. Ver <http://www.plan-academy.org/es/la-onu-dice-no-al-matrimonio-infantil-forzado/>; ver también <http://www.elcomercio.com/actualidad/menores-oligadas-matrimonio-infantil.html>

Asimismo, es importante precisar que el art. 5 del Código Niña, Niño, y Adolescente (CNNA)<sup>29</sup>, establece que son sujetos de derechos protegidos por el indicado cuerpo normativo, los seres humanos hasta los dieciocho años cumplidos de acuerdo a dos diferenciaciones concretas: a) se entiende que la niñez está comprendida desde la concepción hasta los doce años cumplidos; y b) la adolescencia, de acuerdo al desarrollo del niño, está comprendida desde los 12 años a los 18 años cumplidos.

El art. 6 del CNNA diferencia las siguientes etapas de la niñez y adolescencia:

**La primera infancia (Art. 6 CNNA)**

La primera infancia está comprendida desde el nacimiento de las niñas y niños hasta los cinco años.

**La infancia escolar (Art. 6 CNNA)**

La infancia escolar se inicia a los seis años hasta los doce.

**La Adolescencia (Art. 6 CNNA)**

La adolescencia se inicia a los doce años hasta los dieciocho.

De acuerdo al art. 7 del CNN, debe aplicarse el principio de presunción de minoridad, es decir que se presume la minoridad en tanto no se pruebe lo contrario. Este principio fue asumido por el TCP mediante la SCP 0927/2012 de 22 de agosto.

### **3. La doctrina de la protección integral del niño y su vinculación con la garantía de no discriminación**

La CDN, consagra *la doctrina de la protección integral* y sustituye la otrora *doctrina de la situación irregular*, **lo cual implica pasar de una concepción de los “menores” como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de**

---

<sup>29</sup> El Código Niña, Niño y Adolescente, fue aprobado mediante Ley 548 de 17 de julio de 2014 y tal como lo establece su Disposición Abrogatoria, deja sin efecto el anterior Código Niña, Niño y Adolescente aprobado mediante Ley 2026. Asimismo, este nuevo Código, deja sin efecto los Decretos Supremos 26080 y 24447. Debe además precisarse que la Disposición Final Segunda de la Ley 548, establece que éste Código entrará en vigencia el 6 de agosto de 2014. Asimismo, es importante establecer que esta norma, en la Disposición Adicional IV establece que el Código Procesal Civil, entrará en vigencia el 6 de agosto de 2015.

**derecho**<sup>30</sup>. También el SIDH asumió esta doctrina a través de la Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño<sup>31</sup>.

En efecto, según el Juez Cançado Trindade, la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea es la consagración del niño como sujeto de derecho, logro que, en su criterio, fue rescatado por la Corte IDH a través de la interpretación realizada en la OC 17/02, la cual, en una correcta interpretación de la Convención de Derechos del Niño, consagra a éste “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (parr. 28), eje temático que, según el citado juez, fue el esencial en la referida opinión consultiva<sup>32</sup>.

En coherencia con el SUDH y el SIDH, el CNNA asume la doctrina de protección integral a la niñez y adolescencia, consagrándolos como titulares de derechos<sup>33</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional TC asumió esta doctrina en la Sentencia Constitucional (SC) 0203/2007-R de 29 de marzo, precedente utilizado también por la SC 0735/2010-R de 26 de julio.

#### SC 0735/2010-R

**Esa Convención [refiriéndose a la CDN] es considerada como el instrumento jurídico internacional más importante sobre el tema, que se adscribe a la doctrina de la protección integral de la niñez que se sustenta en cuatro pilares: el derecho a la subsistencia, al desarrollo, a la protección y a la participación. El primero implica un reconocimiento de niveles de vida adecuados y acceso a los servicios básicos; el segundo, que los niños deben desarrollarse de manera armoniosa, con respeto, afecto y dignidad, desenvolviéndose en todos los ámbitos como la educación, el juego, actividades culturales, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho a la protección, comprende la tutela contra las formas de explotación y crueldad y la separación arbitraria de la familia, y, por último, el derecho a la participación, implica la libertad de expresar opiniones y manifestarse respecto a cuestiones que**

<sup>30</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, de 9 de marzo de 2001, capítulo VII, párr. 11. Ver también Nota 11 del Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit.

<sup>31</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño.

<sup>32</sup> Ver voto concurrente a la OC 17/02, op. cit., párr. 40.

<sup>33</sup> El art. 1 del CNNA prevé que “El presente Código tiene por objeto reconocer, desarrollar y regular el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando un Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y adolescente, para la garantía de esos derechos mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad”. A su vez, el art. 8.I dispone: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, gozan de las garantías constitucionales y las establecidas en este Código y las leyes”



afectan su propia vida, lo que significa que ningún proceso pueda desarrollarse sin escuchar la opinión del niño... (resaltado propio).

Ahora bien, el presente trabajo, abordará la problemática desde ese segundo pilar al cual hace referencia el Tribunal Constitucional, es decir **la protección**, eje temático a partir del cual, deberá analizarse las obligaciones de los Estados en relación al resguardo *reforzado* de los niños como titulares de derechos.

En el marco de lo señalado, al ser parte el Estado Plurinacional de Bolivia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, *la protección al niño*, tiene génesis en el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida del Sistema referido, en ese orden, el artículo mencionado, genera para los Estados la obligación de “respetar” los derechos y libertades ahí contenidos y “garantizar” su libre y pleno ejercicio “sin discriminación alguna”.

En efecto, el art. 1.1 de la CADH fue interpretado por la Corte IDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras<sup>34</sup>:

#### **Obligación general de respeto a derechos**

Consiste en cumplir directamente con las obligaciones internacionales referentes a DDHH a través de obligaciones positivas o negativas.

#### **Obligación general de garantía de los derechos**

Implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de derechos humanos.

---

<sup>34</sup> Ver caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras párrs. 164 y 166. En virtud a esta obligación, según Gros Espiell, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la CADH, procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derecho Humanos. Análisis comparativo*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1991. P 67. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 49.



Esta obligación, según la Corte IDH, implica la asunción de un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las eventuales vulneraciones a derechos, en ese marco, precisa la Corte IDH que los Estados deben diseñar estrategias de prevención integral, destinadas a prevenir factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan brindar una respuesta efectiva a los casos de vulneración a derechos,

También la Corte IDH, señaló que, en el caso de NNA, éstos tienen derechos especiales que generan deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una **protección especial** que debe ser entendida como un **derecho adicional y complementario** a los demás derechos que la CADH reconoce a toda persona<sup>35</sup>.

De acuerdo a lo anotado, es importante considerar que el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, señala que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que necesitan especial consideración; también, la protección especial a la infancia se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital de los niños que determina su mayor vulnerabilidad, medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería asumir con adultos<sup>36</sup>.

Además, la doctrina integral de protección, que como se dijo anteriormente consagra el deber de protección, el cual se encuentra íntimamente ligado con el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura la vigencia del principio de prohibición de discriminación no sólo por edad, sino también por otros criterios, como

---

<sup>35</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 19/02 párrs. 53, 54, 60 y 62 y casos hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, párr. 164 y Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párr.1. Ver también Caso Campo Algodonero vs. México, parr. 256.

<sup>36</sup> Esta especial protección ha sido resaltada en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones preliminares. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, parr. 134 y en Niños de la Calle vs. Guatemala, parr. 146; caso hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú parr. 162; caso Bulacio vs. Argentina sentencia de 18 de septiembre de 2003, parr. 133. Ver BELOFF, Mary, "Artículo 19. Derechos del niño", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 451.

ser discapacidad, origen u otros criterios prohibidos de discriminación contenidos en el art. 14.II de la Constitución boliviana<sup>37</sup>.

### **Los criterios prohibidos de discriminación en la Constitución boliviana**

Los criterios prohibidos de discriminación, están disciplinados como un catálogo abierto y no cerrado por el artículo 14.II de la Constitución, disposición que establece: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tenga por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona”.

En efecto, el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que además es la génesis convencional para el establecimiento de la responsabilidad internacional de los Estados, contempla la cláusula de no discriminación<sup>38</sup>, cláusula que también se encuentra consagrada en el art. 2 de la Convención de Derechos del Niño<sup>39</sup>,

---

<sup>37</sup> Ver Corte IDH, Opiniones Consultivas OC 4/84 párr. 56; OC 17/02 párr. 46 y OC 18/03, párr. 89.

<sup>38</sup> La Corte IDH en la OC 4/84 párr. 53, señaló: “El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”. En relación al art. 24, la misma opinión consultiva en su párr. 54, señaló: “Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte IDH tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención Americana, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.

A partir del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, se distinguió la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, en ese sentido en el citado caso, en el párr. 209, señaló: “La diferencia entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.

<sup>39</sup> El art. 2 de la CDN señala: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión

ésta es concebida como una **cláusula subordinada de igualdad**, que contempla una lista de **categorías sospechosas** que generan la prohibición de realizar distinciones arbitrarias<sup>40</sup>.

En el contexto desarrollado, debe precisarse que la subordinación referida, se refiere a la interdependencia del art. 1.1 con los demás derechos reconocidos en la Convención Americana, ya que todas las personas y colectividades tienen derecho al efectivo goce de derechos sin discriminación alguna, es decir, tal como señala la OC 4/84 "...esta es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, por lo que todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma"<sup>41</sup>.

Por su parte, las categorías sospechosas se refieren a la prohibición de discriminación en razón a la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole. En esta línea, las pautas anotadas, constituyen los **criterios**

---

política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

<sup>40</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Introducción General*, op. cit., pp 57-58.

<sup>41</sup> A diferencia del art. 1 que plasma la cláusula de prohibición de discriminación, el art. 24 de la CADH plasma el principio de igualdad, en ese sentido, este configura como una **cláusula autónoma**, en ese sentido, esta autonomía brinda al art. 24 como primera característica, el ser un derecho independiente respecto a los demás plasmados en la CADH, además, como derecho, genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados, finalmente, se consagra como una garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades, empero, no puede soslayarse su interconexión a nivel de contenido entre estas dos, ya que ambas constituyen una expresión del principio de igualdad y no discriminación. Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, "Artículo 24. Igualdad ante la ley", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Introducción General*, op. cit., p 585. En efecto, la Corte IDH, A partir del caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, se distinguió la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, en ese sentido en el citado caso, en el párr. 209, señaló: "La diferencia entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24". Ver también OC 4/84 referente a *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, párr. 53.

**prohibidos de distinción**, los cuales, de acuerdo a Uprimny Yopez y Sánchez Duque<sup>42</sup>, tienen al menos cuatro características:

**Primera característica de los criterios prohibidos de discriminación**

Tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo, el género, la identidad de género o la orientación sexual

**Segunda característica de los criterios prohibidos de discriminación**

Están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación.

**Tercera característica de los criterios prohibidos de discriminación**

Identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación.

**Cuarta característica de los criterios prohibidos de discriminación**

No corresponde a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.

Finalmente, debe señalarse que este listado contenido en el art. 1.1 de la CADH, no es taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo en palabras de la Corte IDH<sup>43</sup>.

En el marco de lo señalado y a la luz de la doctrina integral de protección, el Estado Plurinacional de Bolivia, debe asegurar que los niños como titulares de derechos, no sufran un trato diferenciado arbitrario, por esta razón, en el marco del modelo ahora descrito,

...el derecho a la igual protección sin discriminación implica no sólo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido

---

<sup>42</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, "Artículo 24. Igualdad ante la ley", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 601.

<sup>43</sup> Caso Atala Riffo vs. Chile parr. 85.

históricamente discriminados para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva<sup>44</sup>.

### 3.1. El derecho a las familias de las NNyA a la luz de la doctrina integral de protección

De acuerdo a la doctrina integral de protección, debe garantizarse a las NNA su derecho a las familias<sup>45</sup>. En este contexto, es importante destacar la evolución del derecho a las familias diversas en el derecho internacional de los derechos humanos.

El art. 9 de la CDN, establece en su primer párrafo que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. En el marco de esta disposición convencional, la Observación General 12 emanada del Comité de Derechos del Niño<sup>46</sup>, consagró los derechos de los niños a vivir y permanecer con sus familias como un derecho humano, en este contexto, a la luz de este derecho y de acuerdo a la doctrina de protección integral, **su separación debe ser excepcional y preferentemente temporal.**

También, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)<sup>47</sup>, se establece el deber de los Estados de "...adoptar políticas que permitan a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar", en este contexto establece también el deber estatal de facilitar servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto" (Directriz No. 13).

---

<sup>44</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, "Artículo 24. Igualdad ante la ley", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 605.

<sup>45</sup> Este aspecto ha sido desarrollado por BELOFF, Mary, "Artículo 17. Protección a la Familia", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 410.

<sup>46</sup> Ver Comité de Derechos del Niño, Observación General 12 *El derecho del niño a ser escuchado*, párr. 90.

<sup>47</sup> Estas directrices fueron aprobadas por la Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, en la 98ª. Sesión Plenaria de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

En el SIDH, la Corte IDH, señala que las NNA deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél para optar por separarlo de su familia<sup>48</sup>. En este marco, la Corte IDH, en la OC 17/02, en su parte decisoria declara: “Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo” (Numeral 4 de la parte decisoria).

En esta misma opinión consultiva la Corte IDH declara: “Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal” (numeral 5 de parte decisoria).

Ahora bien, la Corte IDH ha consagrado el concepto de las familias diversas, tanto en sus roles contenciosos como en sus roles interpretativos, por lo tanto, a la luz del principio de progresividad contenido en el art. 13.I de la Constitución, este concepto debe ser aplicado para garantizarles este derecho fundamental. Entonces, en este análisis, debe considerarse el estándar jurisprudencial contenido en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, en el cual se consagró el derecho a las familias diversas.

#### **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile<sup>49</sup>**

La Corte IDH determinó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

---

<sup>48</sup> Caso Fornerón vs. Argentina, parr. 45

<sup>49</sup> Corte IDH, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Posteriormente, la Corte IDH, reconoció el derecho de las familias diversas conformadas por parejas del mismo sexo en la OC 24/17.

### **OC 24/17 El derecho a las familias diversas**

La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199, por unanimidad, que: 7. El Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218 (Parte dispositiva).

Entonces, de acuerdo al avance del derecho internacional de los derechos humanos y en el marco de la doctrina integral de protección a la NNA, éstos tienen derecho a la familia, en el marco del concepto de las “familias diversas”, que supera los modelos cerrados y tradicionales de familia. En este contexto, las familias diversas, no sólo se conforman por lazos familiares, sino también por lazos afectivos y que comprenden a parejas heterosexuales o del mismo sexo sin discriminación, tal como lo señaló la Corte IDH en la referida opinión consultiva.

En el ámbito interno, también ha existido un avance importante, ya que se ha abrogado el Código de Familia, por el Código de las Familias y del Proceso Familiar (CFPF), el cual contempla los avances del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a las familias diversas.

### **Código de las familias y del proceso familiar (Ley 603)**

Establece dentro de los derechos de las familias “a la vida privada, a la autonomía, igualdad y dignidad de las familias sin discriminación” (art. 3.g).

El art. 4.I señala que el Estado está obligado a proteger a las familias, respetando su diversidad y procurando su integración, estabilidad, bienestar, desarrollo social, cultural y económico para el efectivo cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos de todas y todos sus miembros.

Entre los principios de la Ley se encuentra el de Diversidad, según el cual “Las diversas formas de familias reconocidas por instancias nacionales e internacionales, gozan de igualdad de condiciones, sin distinción, en función a la dinámica social y la cualidad plurinacionalidad de la sociedad boliviana” (art. 6).

De acuerdo a lo anotado, la doctrina de protección integral de NNA, asegura el derecho de las NNA a las familias diversas. Este debe ser el sentido interpretativo del Código NNA que es coherente con los avances del derecho internacional de los derechos humanos y con el principio de progresividad<sup>50</sup>.

#### **4. Principios especiales para la protección de NNyA**

Para una protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, es esencial desarrollar los principios rectores que serán de aplicación en materia penal y en todos los procesos judiciales o administrativos vinculados a este grupo de atención prioritaria. En este sentido los principios rectores más importantes son los siguientes:

<b>1) Principio de protección especial a las NNA</b>
<b>2) Principio del interés superior de las NNA</b>
<b>3) Principio de autonomía progresiva de la voluntad</b>
<b>4) Principio de igualdad y de prohibición de discriminación</b>
<b>5) Principio de humanidad y trato digno</b>
<b>6) Principio de excepcionalidad</b>
<b>7) Principio de legalidad</b>
<b>8) Principio de no regresividad</b>
<b>9) Principio de especialidad</b>

##### **4.1. Principio de protección especial a las NNyA**

Este principio rector, tiene su antecedente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su preámbulo, consagra la necesidad de protección

---

<sup>50</sup> En este contexto, el art. 37 del CNNA, señala que la niña, niño o adolescente, por ningún motivo será separado de su madre o padre, salvo por las previsiones excepcionales establecidas en este Código, en este marco, el parágrafo segundo de esta disposición, establece que la falta o carencia de recursos materiales y económicos, no podrá interpretarse como violencia, ni constituye por sí sola, motivo para iniciar las acciones de extinción, suspensión de la autoridad de la madre, padre o de ambos.



especial a los niños y establece además que esta Declaración tiene el fin de que la niñez pueda tener una infancia feliz y goce de todos los derechos y libertades que en ella se enuncian.

Asimismo, en el marco del *corpus jure internacional de los derechos del niño*, este principio rector se encuentra también consagrado en el principio 8 de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), que establece: “El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

Por su parte, el PIDCPs, en el art. 24 establece:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Además, el preámbulo de la CDN, sustenta el fundamento ideológico de la protección especial a la niñez, así, se inicia la argumentación de este postulado, a partir de los criterios prohibidos de diferenciación, los cuales se encuentran consagrados en el ámbito de las Naciones Unidas, en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos DUDH, en el PIDCPs y en el PIDESC.

En base a lo señalado, se tiene que toda persona goza de todos los derechos y libertades enunciadas en dichos instrumentos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En efecto, a partir de esta invocación a los criterios prohibidos de diferenciación, el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño, recuerda que en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron el **derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales**, por tanto, en este contexto, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra la **necesidad de proporcionar al niño una protección especial**, postulado que además de acuerdo al preámbulo, tiene precedentes en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y en la Declaración de Derechos del niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

Por su parte, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC 17/02<sup>51</sup>, luego de referirse al principio de igualdad, ha desarrollado también el principio de protección especial y lo ha vinculado con las obligaciones reforzadas de los Estados en cuanto a derechos de las NNA.

**Principio de protección especial a NNA (OC 17/02)**

La Corte IDH determinó que las NNA poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Asimismo, la Corte IDH, ha señalado que el interés superior de las NNA es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia les permitirá el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades<sup>52</sup>.

Este principio adquiere gran relevancia en procesos en los cuales NNA están en conflicto con la ley penal, así, la CIDH, ha resaltado que las condiciones en las que participan las y los adolescentes en un proceso penal no son las mismas que en relación a un adulto, en este contexto, ha señalado que en caso de sostenerse lo contrario, se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas que obliga a los Estados una protección reforzada. Por lo tanto, concluye afirmando que es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento penal o de cualquier otra índole<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> OC 17/02 de 28 de agosto de 2002 denominada **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Parr. 54.

<sup>52</sup> Ibidem. Además, es imperante destacar que este principio ha sido utilizado por la Corte IDH en los siguientes casos: caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, parr 164; en el caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 parr. 147; caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, parr 133.

<sup>53</sup> CIDH, Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párrs. 14 y 17.

En el ámbito interno, el CNNA, en armonía con la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, consagra el principio de protección especial en los arts. 11 y 146. Asimismo, el artículo 12.b del citado cuerpo jurídico, señala lo siguiente:

**El principio de prioridad absoluta (Art. 12.b CNNA)**

**Prioridad Absoluta.** Por el cual las niñas, niños y adolescentes serán objeto de preferente atención y protección, en la formulación y ejecución de las políticas públicas, en la asignación de recursos, en el acceso a servicios públicos, en la prestación y socorro en cualquier circunstancia, obligándose todos los corresponsables al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

Por su parte el art. 164.c) del CNNA prevé que dentro de las políticas públicas en materia de Protección Integral de la NNA, se encuentra la de protección especial, que comprenden acciones encaminadas a prevenir o restablecer los derechos que se encuentren amenazados o vulnerados de las NNA víctimas de abuso, maltrato, explotación, en situación de calle; niñas y adolescentes embarazadas, trabajadoras o trabajadores, consumidoras o consumidores de alcohol o sustancias psicotrópicas o estupefacientes, que padezcan de enfermedades como el VIH/SIDA, y otras situaciones que requieran de protección especial.

Además, es imperante precisar que este principio se encuentra también reconocido en el art. 232.c del Código de Familias y del Proceso Familiar. Además, el art. 1 de la Ley 054 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, disposición que sustenta las modificaciones del Código Penal y la incorporación de tipos penales en el principio de protección especial<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> El art. 1 de la referida norma, señala que esta ley tiene como fundamento constitucional los artículos 60 y 61 de la Constitución Política del Estado en cuanto la función primordial del Estado de proteger a la niñez y adolescencia, en ese sentido, esta disposición prescribe que el objeto de la misma es proteger la vida, la integridad física, psicológica y sexual, la salud y seguridad de todas las niñas, niños y adolescentes.

## 4.2. Principio del interés superior de las NNyA

Este principio, denominado también por la doctrina como “mejor interés del niño” o *best interest of the child*<sup>55</sup>, se encuentra regulado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su primer párrafo señala:

### **Principio del interés superior de las NNA (Art. 3 CDN)**

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, la Corte IDH, a través de la OC 17/02, señala:

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en esta materia<sup>56</sup>. Así, en la referida opinión consultiva, estableció también que “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>57</sup>.”

En el marco de lo argumentado, debe precisarse que la OC 17/02 en la parte decisoria, en el numeral 2 declara “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

También la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en el art. 16.1.d señala que los Estados deben adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar a los progenitores los mismos derechos y

---

<sup>55</sup> Ver BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 465. Este principio está también reconocido también en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el principio 2.

<sup>56</sup> Corte IDH, OC 17/02, op. cit., párr. 65

<sup>57</sup> Ibidem, parr. 56.

responsabilidades, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Así las cosas, según Mary Beloff, este principio “constituye una referencia insoslayable en el largo y gradual proceso de reconocimiento de los derechos de los niños y presenta una actualidad hermenéutica que está fuera de discusión por su presencia en todas las normas convencionales y no convencionales de derechos humanos de niños y niñas”<sup>58</sup>.

La referida autora, concluye señalando que: “...a partir de que el principio fuera incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se lo comenzó a considerar una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos”, además, agrega que en el ámbito regional latinoamericano, “...no se lo identifica en general con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño”<sup>59</sup>.

Por su parte, la CIDH ha establecido que a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por su interés superior, debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos<sup>60</sup>.

Asimismo, la CIDH, considera que el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al regular el sistema de justicia juvenil; por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p. 465.

<sup>59</sup> BELOFF, Mary, “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, pp. 465-466.

<sup>60</sup> Comisión IDH. *Informe Sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, OEA/SER.L/V/II.135, 5 de agosto de 2009, párr. 25. Ver también Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 23.

<sup>61</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 24.

Por lo afirmado, el interés superior de las NNA implica un rechazo tanto de doctrinas como la de la “situación irregular”, que sitúa al niño como un objeto de compasión o represión y parten en gran medida de perfeccionismos o paternalismos injustificados, como también de doctrinas que desconozcan en gran medida la vulnerabilidad de las NNA de forma contraria a la adecuada satisfacción de sus necesidades<sup>62</sup>.

Por lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera también que la protección del interés superior de las NNA significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, sean sustituidos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y a su reinserción social a través de la remisión de casos u otras formas de justicia restaurativa, recurriendo lo menos posible a procedimientos judiciales así como a medidas cautelares o sanciones privativas de la libertad<sup>63</sup>.

En el contenido desarrollado precedentemente en cuanto al interés superior del niño, se tiene que éste tiene varias incidencias relevantes para un debido *proceso sustantivo reforzado*, entre las cuales se pueden rescatar las siguientes:

- a) En virtud a este principio y en el marco de la doctrina de protección integral, los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que la NNA sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia su residencia<sup>64</sup>.
  
- b) De acuerdo a la Observación General No. 7 se “...reconoce que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base

---

<sup>62</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., Nota 27parr. 24.

<sup>63</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 57.

<sup>64</sup> Art. 9 de la Convención de Derechos del Niño.

comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño...”<sup>65</sup>.

- c) Además, el Comité de Derechos del niño, en la Observación General 12, señala que: “Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”<sup>66</sup>.

Además, es imperante destacar que la Corte IDH, en casos contenciosos vinculados a NNA, aplicó este principio, en ese marco, es importante –entre los más importantes– anotar los siguientes procesos:

- i) En el caso *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. Así, la Corte señaló

...al ser en abstracto, el interés superior del niño un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona...El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia<sup>67</sup>.

- ii) En el caso *Formerón e Hija vs. Argentina*, la Corte IDH, señaló:

...la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del

---

<sup>65</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 ***Realización de los derechos del niño en la primera infancia***, de 20 de septiembre de 2006, párrs. 15,16 y 19.

<sup>66</sup> Comité de Derechos del niño, Observación General 12, ***Derecho del niño a ser escuchado***, párr. 53.

<sup>67</sup> Corte IDH, caso *Atala Riffo vs. Chile*, párrs. 109, 108 y 154.

niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales<sup>68</sup>.

En este mismo caso, la Corte IDH, precisó:

...una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. El interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia<sup>69</sup>.

La Corte IDH, señaló además que en virtud al principio antes citado, el juez debe “proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran a menores de edad”<sup>70</sup>.

- iii) En el caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, la Corte IDH, señaló: “...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”<sup>71</sup>.
- iv) La Corte IDH, en el caso Furlan y familiares vs. Argentina, la Corte IDHA ha señalado que “el tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y puede incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”<sup>72</sup>.

Asimismo, en el ámbito interno y en un análisis “desde y conforme al Bloque de Constitucionalidad” se tiene que este principio está taxativamente reconocido por el artículo 12.a del Código Niña, Niño y Adolescente, el cual señala:

---

<sup>68</sup> Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, párr.. 105.

<sup>69</sup> Ibidem, párr. 99.

<sup>70</sup> Ibidem, párr. 78

<sup>71</sup> Corte IDH, caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, parr. 134.

<sup>72</sup> Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina párr. 230.



**Principio del interés superior de las NNA (Art. 12.a CNNA)**  
**Interés superior.** Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas.

Además, el principio del interés superior del niño, también se encuentra consagrado en el art. 6.i) del CFPF, con un contenido armonioso al contenido de este principio antes señalado, pero, además, con un enfoque en ejes temáticos específicos, como es el caso de la asistencia familiar, tal como lo evidencia el contenido del art. 109.I del citado cuerpo normativo.

### **4.3. Principio de autonomía progresiva de la voluntad**

La Corte IDH, en la OC 24/17 ha desarrollado el principio de autonomía progresiva de la voluntad en los siguientes términos:

**Principio de autonomía progresiva de la voluntad (OC 24/17)**  
...esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas (párr. 150).

El Tribunal Constitucional boliviano también aplicó este principio, por ejemplo, en la SC 2568/2010-R, decisión a través de la cual estableció el deber de los jueces de obtener la opinión de las NNA respecto a cualquier medida que pudiere afectarles.

En efecto, el caso en concreto, emergió de una acción de libertad planteada por la madre de una menor contra los encargados de la Defensoría de la Niñez. En dicha acción, la madre como accionante de la menor alegaba que las funcionarias demandadas lesionaron el derecho a la libertad física de su hija menor representada, por cuanto en su criterio fue “secuestrada” de su domicilio e ingresada al centro de

acogida “INFANTE” donde se encontraba a decir suyo incomunicada y privada de su libertad en contra de su voluntad.

En esta situación el Tribunal Constitucional moduló su línea jurisprudencial sobre la legitimación activa que tienen los padres para interponer acciones de tutela por sus hijos menores, estableciendo la obligación de los jueces de consultar la opinión del menor a efectos de determinar si consienten con la decisión de activar una acción tutelar en defensa de sus derechos, pues son ellos en realidad los titulares de los derechos presuntamente vulnerados.

Las circunstancias del caso determinaron a que el Tribunal Constitucional acoja la doctrina de protección integral de la niñez y en el marco del principio de autonomía progresiva, determine que los menores de edad tienen derecho a manifestar su opinión cuando a favor de ellos se imponen medidas que tienden a proteger sus derechos y fundamentalmente, su integridad física y psicológica, cuando se evidencia que su hogar ha dejado de ser para él la garantía que necesita para cumplir eficazmente su desarrollo físico y psicológico, armonía e integración social.

El Tribunal Constitucional al analizar el caso en concreto constató que la menor era víctima de presunto abuso sexual por parte de su padrastro, en cuya situación determinó que las autoridades demandadas actuaron en defensa y protección de los derechos de sus derechos, haciendo prevalecer su interés superior, ante el presunto abuso sexual cometido supuestamente por su padrastro contra ella, y la falta de apoyo en la familia respecto al hecho acaecido, aspecto que determinó que la adolescente rechazara la presencia de la madre y no quisiera volver a su hogar y más bien, manifestó su deseo de quedarse en el centro de acogida “INFANTE”, motivo por el cual, en observancia de la CDN y del CNNA que consagran el principio de autonomía progresiva, denegó la tutela solicitada por la madre por falta de legitimación activa, debido a que la adolescente expresó su deseo de no retornar al hogar y quedarse en el centro de acogida, lo que implica que, como titular del derecho a la libertad física o personal, se siente más protegida en el referido centro con la medida de acogimiento dispuesta a su favor, que en su propio hogar.

#### SC 2568/2010-R (Autonomía progresiva de la voluntad)

...tratándose de acciones constitucionales, es deber de los jueces y tribunales de garantía, conversar con el niño, niña o adolescente que se encuentre en dicha situación, de manera reservada, a fin de obtener su opinión al respecto, con la finalidad de determinar si efectivamente la acción de defensa presentada por sus representantes es legítima; es decir, si la acción está orientada a proteger o lograr la restitución del derecho fundamental a la libertad individual, contrario sensu, si la acción presentada está orientada a la consecución de otros fines o intereses, ajenos a al principio de interés superior del niño y al resguardo de sus derechos y garantías; correspondería denegar la tutela por falta de legitimación activa, en el entendido que el titular del derecho -el niño, niña o adolescente- en función al principio de autonomía progresiva y los derechos a la integridad física y psicológica, ha manifestado su decisión favorable a las medidas asumidas hacia él por los órganos estatales encargados de la protección a los niños, niñas y adolescentes.

#### 4.4. Principio de igualdad de las NNyA y de prohibición de discriminación

En el SIDH, la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad se encuentran consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, en ese marco, el art. 24 como cláusula autónoma, plasma una consecuencia esencial: **la igual protección de la ley sin discriminación**, concepto vinculado con la extensión de garantías a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, es decir a las personas o grupos de personas que históricamente han sido un factor de exclusión o restricción para el goce de derechos por razones de sexo, raza, religión u origen nacional<sup>73</sup>.

Por su parte, la no discriminación se configura como una garantía vigente en el SIDH y también en el Estado Plurinacional de Bolivia, ya que la Constitución, en el art. 14.I señala que “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”.

---

<sup>73</sup> Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Introducción General*, op. cit., p 585.

La Corte IDH, en las Opiniones Consultivas OC 4/84, 17/02 y 18/03, ha señalado que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, es decir, una ***distinción carente de justificación objetiva y razonable***<sup>74</sup>.

También, la Corte IDH, ha admitido **la legitimidad de algunos tratos diferenciales**, y por ejemplo en la Opinión Consultiva 84/04, ha señalado lo siguiente: “ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones aparezcan como jurídicamente débiles”, por tanto, se tiene que no toda distinción significa discriminación<sup>75</sup>.

La Comisión IDH, ha establecido que una distinción constituye discriminación en las siguientes circunstancias: **1)** Cuando hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; **2)** Cuando la diferencia no tenga una justificación objetiva y razonable; **3)** Cuando no exista una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue. Asimismo, la Comisión ha señalado que una distinción basada en criterios razonables y objetivos, persigue un propósito legítimo y emplea medios proporcionales al fin que se busca<sup>76</sup>.

Por el contrario, una discriminación basada en ***criterios prohibidos de distinción*** y carente de justificación objetiva y razonable, es considerada arbitraria y por tanto contraria a los arts. 24 y 1.1 de la CADH, en ese marco, debe precisarse que *los criterios prohibidos de distinción*, se encuentran en el art. 1.1 de la Convención Americana, en este contexto, cabe destacar que la Corte IDH, ha señalado que el término discriminación contenido en el art. 24 debe ser interpretado a la luz de lo que menciona el art. 1.1, por tanto, el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1 que son, raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte IDH, Opiniones Consultivas OC 4/84 párr. 56; OC 17/02 párr. 46; y OC 18/03 párr. 89.

<sup>75</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 4/84 párr. 56.

<sup>76</sup> Comisión IDH, Informe No. 4/01, en el caso 11.625 María Eugeni Morales de Sierra, Guatemala, de 19 de enero de 2001, párr.31.

<sup>77</sup> Es importante resaltar que Los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características. La primer es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y sino simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la

En el contexto antes precisado, se tiene que: “La inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el contenido del artículo 24 tiene dos consecuencias directas. La primera es que extiende la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1 respecto de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, a todos los derechos extraconvencionales y en general a todo el ámbito normativo del derecho interno de los Estados parte. La segunda es que implica la incorporación de un *test de igualdad más estricto* para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas... cuando están en juego los criterios prohibidos de distinción. Tales casos, de hecho, implican una presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no sólo debe ser legítimo, sino imperioso”<sup>78</sup>.

En el orden de ideas antes referido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que en casos de discriminación motivada en categorías que se consideran “sospechosas”, se presume que la distinción es incompatible con la CADH y se aumenta la carga argumentativa de los Estados para desvirtuar dicha presunción, en este contexto, según la Comisión, las reparaciones a otorgar ante este tipo de discriminación, debe tener una “vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”, medidas que deben estar orientadas a identificar y eliminar los factores causales de la discriminación, sobre todo cuando se trate de discriminaciones estructurales<sup>79</sup>.

Siguiendo a Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, se colige que “...el derecho a la igual protección sin discriminación implica no sólo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados

---

cuarta es que no corresponde a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad. Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 600.

<sup>78</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 602.

<sup>79</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 103. Ver también Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 450 y 451.

para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva”<sup>80</sup>.

En el marco de lo expuesto, a partir del derecho a la *igual protección sin discriminación* y a la luz de la *doctrina de protección integral a la niñez*, debe concebirse el concepto de **la igualdad reforzada** que es una garantía que en virtud a la protección especial para NNA asegura para ellos una real igualdad sin discriminaciones arbitrarias e injustificadas basadas en  *criterios prohibidos de discriminación*. Esta igualdad reforzada, tiene génesis en el art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño y en el principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño.

Así, el art. 2.1 de la CADH señala:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Por su parte, el Principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN), señala:

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

En el marco de una *igualdad reforzada*, las disposiciones convencionales antes señaladas, en el SIDH, son interdependientes tanto al art. 24 de la Convención

---

<sup>80</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit, p 605.

Americana que consagra el principio de igualdad y que además incluye la prohibición de trato diferenciado arbitrario y también al art 1.1 de dicha Convención<sup>81</sup>.

Además, la igualdad reforzada genera además la *prohibición de discriminación*, que, en el caso de NNA, en atención al principio de protección especial, genera para el Estado Plurinacional de Bolivia un deber de garantía también reforzado, en ese marco, debe señalarse que el principio 10 de la Declaración de los Derechos del Niño, señala que:

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar su energía y aptitudes al servicio de sus semejantes.

En el marco de lo anotado, debe establecerse que todo trato diferenciado arbitrario es contrario al art. 24 de la CADH y al principio 10 de la Declaración de Derechos del Niño, sin embargo, debe resaltarse que en virtud al principio de protección especial al niño -ya desarrollado-, éste necesita una atención y un trato prioritario por su situación de vulnerabilidad, en ese sentido, la OC 17/02, en su parte decisoria, en el punto 3 declara: “ Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”.

La transcripción realizada, es armoniosa con las consideraciones realizadas por la Corte IDH en esta opinión consultiva, en ese sentido, se señala “En razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito

---

<sup>81</sup> En la OC 17/02 en los párrs. 43 al 48, se hace las precisiones sobre el principio de igualdad a partir del art. 1.1 de la Convención, luego, invocan en el párr. 49 el derecho a la igualdad consagrado en la CDN en el art. 2.

por la Convención, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”<sup>82</sup>.

Además, es imperante establecer que, en caso de hacerse una diferenciación entre niños, los cuales son todos iguales de acuerdo al art. 24 de la Convención, dicha distinción, para no ser arbitraria, debe cumplir con los postulados del **test de razonabilidad**. En este sentido, la CIDH señala que si una NNA es sometido a una diferencia de trato, debe evaluarse su razonabilidad, objetividad y proporcionalidad para determinar así su compatibilidad o incompatibilidad con el art. 24 de la Convención<sup>83</sup>.

Para entender en su real magnitud el principio de *igualdad reforzado y de prohibición de discriminación*, es necesario invocar el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el cual, la Corte IDH aplica con mayor claridad los criterios para evaluar la validez de la distinción, aplicando de modo implícito el test de igualdad<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Corte IDH, OC 17/02, op. cit., párr. 55.

<sup>83</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 99.

Debe aclararse que la Corte IDH no realiza explícitamente un escrutinio escalonado en el que se distinguen claramente los pasos del test desarrollado por la Comisión IDH, aunque si realiza una aplicación implícita cada vez más clara de éste, así en el caso *Yatama vs. Nicaragua* relativo a las condiciones legales que finalmente limitaron las posibilidades de las comunidades indígenas de participar de modo efectivo en los procesos electorales, la Corte IDH analizó la razonabilidad y objetividad de haber aplicado a los indígenas los mismos requisitos establecidos para el resto de los ciudadanos, en lugar de haber otorgado un trato diferenciado que tuviera en cuenta sus particularidades. Asimismo, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, párr. 196, la CIDH, realizó un análisis de razonabilidad de la relación entre medios y fines, así la Corte se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela, que fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber adoptado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de un error judicial inexcusable. Aunque la decisión fue adoptada unánimemente por los cinco magistrados y todos fueron sometidos al procedimiento disciplinario, la sanción de destitución sólo fue impuesta a tres de ellos. El Estado no aplicó la sanción a dos magistradas porque estas cumplieron los requisitos para jubilarse y en resguardo al derecho de jubilación no podía establecerse la sanción de destitución, entonces la pregunta es: ¿la jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma?, pregunta a la cual, la CIDH, señaló que “la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”, por lo que “el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación disciplinaria aplicable, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces”, a pesar de este razonamiento y la utilización implícita del test de igualdad, la corte no declaró la violación del art. 24 de la CADH, argumentando que esta disposición no “otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., p 593-594 y 597-598.

<sup>84</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General, op. cit., pp 593-594 y 598-599.



El caso se refiere a la remoción de la custodia de las hijas de la señora Karen Atala y el posterior otorgamiento de la tuición provisional a su padre, en razón de la orientación sexual de aquella y de su convivencia con una pareja del mismo sexo. Adicionalmente, la Corte IDH se pronunció sobre un proceso disciplinario adelantado contra la señora Atala en razón de su investidura como jueza, proceso en el cual se recopiló información relacionada con su orientación sexual<sup>85</sup>.

En cuanto al primer aspecto, la Corte IDH, identificó cual era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las menores, en ese marco, de acuerdo con las pruebas aportadas y con los alegatos del Estado, esta instancia jurisdiccional determinó que el fin en cuestión era la protección del interés superior de las niñas e indicó que éste es en sí mismo un fin legítimo y es además imperioso.

En relación al interés superior del niño, la Corte IDH reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (párr. 108), en este contexto y pese a la legitimidad del fin perseguido, la Corte IDH sostuvo que no existía una relación de adecuación entre el logro de este fin y el medio para alcanzarlo, es decir, la pérdida de la tuición de las menores en razón de la orientación sexual de la madre<sup>86</sup>.

En el orden de ideas señalado y en el caso objeto de análisis, la Corte IDH estableció lo siguiente: "...una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño" (parr. 111).

Además, según la Corte IDH la sola referencia a este fin "...sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido

---

<sup>85</sup> Ibidem

<sup>86</sup> Ibidem

como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona” (párr. 110).

Además, la Corte IDH señaló que “...no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños” (parr. 111).

En el mismo caso y en cuanto al proceso disciplinario, la Corte IDH señaló:

...la alegada protección de la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual (párr. 221)<sup>87</sup>.

En el marco de un “hilo argumentativo” coherente y a la luz del principio de *protección reforzada y prohibición de discriminación*, es pertinente realizar estas últimas anotaciones:

La Comisión IDH señala:

En relación con el trato discriminatorio entre grupos de niños, preocupa a la Comisión la situación de niños que son víctimas de discriminación en el sistema de justicia juvenil por motivos de raza. La Comisión IDH observa que niños de comunidades minoritarias en las Américas, tales como niños afrodescendientes e indígenas, así como niños latinos en Estados Unidos, se encuentran sobre representados en los centros de privación de libertad y en ocasiones reciben sanciones más rigurosas por los hechos delictivos que comente. Asimismo, los niños pertenecientes a estas minorías son los que con mayor frecuencia

---

<sup>87</sup> Ibidem, pp 593-594 y 598-599.

experimentan violencia a manos de funcionarios policiales y correccionales<sup>88</sup>.

La Comisión ve también con preocupación la discriminación de las niñas en las Américas quienes son frecuentes víctimas de discriminación por parte de los sistemas de justicia juvenil en razón de su género. Así, las niñas son a menudo privadas de su libertad por haber cometido actos que no constituyen delitos si son cometidos por mayores de edad, o por los cuales los niños, a diferencia de ellas, a menudo no son sancionados, como por ejemplo consumir alcohol y cigarrillo, fugarse de su casa o mantener relaciones sexuales, debido a estereotipos de género asociados a una concepción de subordinación de las mujeres respecto a los hombres<sup>89</sup>.

Para la Corte IDH, estereotipo de género es “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”<sup>90</sup>. En este tema, la Comisión señala que las diferencias legales o de hecho basadas en estereotipos de género asociados a la subordinación de las mujeres respecto a los hombres “constituyen una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>91</sup>, violencia que por supuesto afecta también a las niñas.

La Comisión, advierte también la existencia en las Américas de discriminación de niños en razón a su orientación sexual, en ese sentido, refiere:

A juicio de la Comisión, la criminalización de la orientación sexual es discriminatoria para todas las personas, pero en el caso de niños, niñas y adolescentes puede implicar una violación más intensa a sus derechos al tener efectos psicológicos particularmente nocivos al encontrarse en el proceso de desarrollo de una identidad, incluida su identidad sexual, convirtiéndolos en un grupo extremadamente vulnerable<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 114.

<sup>89</sup> Ibidem, párr. 120.

<sup>90</sup> Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

<sup>91</sup> Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

<sup>92</sup> Informe sobre Justicia Penal Juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párr. 121.

Asimismo, la Comisión establece que otro grupo tradicionalmente discriminado en los sistemas de justicia juvenil de las Américas es el de los niños con discapacidad, y especialmente aquellos con discapacidad mental. En esta perspectiva, la Comisión mira con preocupación que los sistemas de justicia juvenil de la región tienen una representación desproporcionada de niños con retrasos en su desarrollo o con problemas de salud mental lo suficientemente graves para limitar su capacidad de ejercer actividades esenciales, en el orden de ideas antes referido, la Comisión señala que si bien la falta de desarrollo y las limitaciones en la capacidad cognitiva algunas veces pueden llevar a que los niños infrinjan leyes penales, su capacidad mental debe ser considerada al momento de determinar si corresponde aplicar una sanción o remitirlos a sistemas de salud mental especializados<sup>93</sup>, en el marco de lo señalado, esta distinción *per se* no implica discriminación.

Asimismo, es importante precisar que en el ámbito interno y en un análisis “desde y conforme al Bloque de Constitucionalidad”, este principio está taxativamente reconocido por el artículo 12.c del CNNA, el cual señala:

**Igualdad y no discriminación (Art. 12.c del CNNA)**  
**Igualdad y no Discriminación.** Por el cual las niñas, niños y adolescentes son libres e iguales con dignidad de derechos, y no serán discriminados por ninguna causa.

#### **4.5. Principio de humanidad y trato digno**

En el ámbito de la protección especial de NNA, el principio de *humanidad y trato digno* se encuentra consagrado en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual señala lo siguiente:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y

---

<sup>93</sup> Informe sobre Justicia Penal Juvenil en las Américas. Documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 122. Disponible en: [http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#\\_ftn1](http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjresumen.sp.htm#_ftn1)

dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 17/02, en su parte decisoria, en el punto 7 declara:

Que el derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de privación arbitraria, establecidas en el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

Además, debe señalarse que este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña.

Asimismo, el principio de humanidad y trato digno, tiene las siguientes consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a los niños; la prohibición de establecer medidas correctivas desproporcionales, discrecionales e irrazonables; y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tenían menos de 18 años al momento de los hechos.

En el orden de ideas arriba anotadas, debe afirmarse además que una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización”<sup>94</sup>.

Es importante destacar además la posición del juez Antonio Cançado Trindade, quien en su Voto Concurrente a la OC 17/02, respecto al principio de respeto a la dignidad de la persona humana señala:

---

<sup>94</sup> Este principio fue expuesto ante la Corte IDH, en audiencia pública por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y figura en los antecedentes de la OC-17/02, en el apartado A. (Garantías sustantivas) numeral iii, p. 44. Esta Opinión Consultiva está disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

...En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad. Este principio fundamental encuéntrase invocado en los preámbulos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 así como en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Además, en el ámbito interno, en una interpretación acorde con el parámetro de convencionalidad referente a derechos de las NNA, se tiene que el art. 262.VII del CNNA consagra el derecho al respeto y dignidad de los niños.

#### **4.6. Principio de excepcionalidad**

En virtud a este principio los Estados tienen la obligación de contemplar alternativas a la judicialización de las infracciones a las leyes penales así como también medidas alternativas a la privación de libertad, la que sólo puede ser aplicada como último recurso en el caso de personas menores de 18 años<sup>95</sup>.

En el marco antes señalado, la CIDH ha señalado lo siguiente:

La Comisión reitera que el sistema de justicia juvenil, y en particular la detención de niños, son medidas que deben utilizarse como último recurso y únicamente de manera excepcional por el período más breve posible. Los Estados deben adoptar las medidas a su alcance para reducir al mínimo el contacto de los niños con el sistema de justicia juvenil, regulando proporcionalmente los plazos de prescripción de la acción, así como para limitar el uso de la privación de libertad, sea preventiva o como sanción, al infringir las leyes penales<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., párr. 4.

<sup>96</sup> Ibidem, párr. 80.

Así, en el marco del principio de excepcionalidad, el art. 37.b) de la CDN dispone que la detención o prisión de un niño, es una medida de *última ratio*, el fundamento de este precepto, en criterio de la Comisión, es que los niños son personas en desarrollo respecto de quienes los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección, según el artículo 19 de la CADH y el artículo VII de la Declaración Americana<sup>97</sup>. Este criterio y el principio de excepcionalidad, irradian de contenido el CNNA, ya que el art. 262.q, prescribe la excepcionalidad de la detención preventiva para adolescentes, salvo el caso de flagrancia.

La Comisión señala también que:

El principio de excepcionalidad derivado de las normas anteriores implica tanto la excepcionalidad de la privación de la libertad, de forma preventiva o como sanción, como la excepcionalidad de la aplicación del sistema de justicia juvenil o judicialización. Evidentemente, las consecuencias, muchas veces adversas, de someter a una persona a la justicia por infringir las leyes penales, especialmente cuando ello implica su privación de libertad, se acentúan cuando se trata de niñas, niños y adolescentes por tratarse de personas en desarrollo. Por ello, es necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a niñas, niños y adolescentes, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de libertad<sup>98</sup>.

Además, la Comisión observa que la imposición de sentencias privativas de la libertad tiene efectos especialmente nocivos para niños con discapacidad mental y que su vulnerabilidad los convierte con frecuencia en víctimas de violencia y explotación por parte del personal de los sistemas de justicia juvenil<sup>99</sup>, razón por la cual tiene aún mayor validez la aplicación del principio de excepcionalidad para estos casos.

En coherencia con lo señalado, debe precisarse que este principio está consagrado por las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la cual, en su numeral 1 señala:

---

<sup>97</sup> Ibidem, párr. 75.

<sup>98</sup> Ibidem, párr. 76.

<sup>99</sup> Ibidem párr. 122.

**Reglas de ONU para la protección de los menores privados de libertad (La detención preventiva es la excepción)**

El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

Asimismo, el numeral segundo de las indicadas reglas prescribe que la duración de la privación de libertad de un menor deberá establecerse por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. Este numeral señala además que la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

El art. 3 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad señala que el objeto de dichas reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

También, este principio se encuentra consagrado en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), así, la directriz 6.1, prescribe que, en el procedimiento penal, sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

Además, de acuerdo a la regla 6.2, las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.2 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

En el marco de las directrices antes señaladas y en virtud al principio de excepcionalidad, en cuanto a la prisión preventiva, la Corte IDH, ha señalado que ésta es la medida más severa que se le puede aplicar a quien se acusa de infringir una ley



penal, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>100</sup>.

En relación con el postulado antes expuesto y en el marco de los derechos de NNA, la Corte IDH ha establecido que la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma prevaleciente debe ser la aplicación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, así de acuerdo a la CIDH estas medidas sustitutorias pueden incluir, *inter alia*, “la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”<sup>101</sup>.

La Comisión, señala que otra cuestión relacionada con el principio de excepcionalidad es la regulación del plazo de prescripción de la acción ante la justicia juvenil, en este sentido, la Comisión observa que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción varía en cada Estado.

Al margen de lo señalado, es importante invocar la posición del Comité de los Derechos del Niño, el cual aplica este principio para sustentar las medidas extra-penales que deben asumir los Estados en cuanto a niños en conflicto con la ley penal, así, esta instancia señaló:

Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberán estar previstas una serie de medidas que entran en la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse en la mayoría de los casos”<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> CIDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228 y Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Seri C No. 35, parr. 77.

<sup>101</sup> CIDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No 112, párrs. 228 y 230.

<sup>102</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 10, párr. 24

En el marco de la visión antes señalada y también merced al principio de excepcionalidad, la Comisión indica:

Las alternativas existentes en los distintos Estados de la región varían y no siempre se aplican de manera uniforme ni preferente. Por lo general, dichas alternativas incluyen programas de remisión, medios alternativos de solución de controversias, así como también la aplicación de criterios de oportunidad, aun cuando estos programas se denominen de distinta manera en las legislaciones internas de cada Estado. Sin embargo, la información disponible sobre la frecuencia con la que estas alternativas son aplicadas en los distintos Estados de la región es escasa<sup>103</sup>.

Además, en aplicación del principio de excepcionalidad, la Comisión subraya que en todas las alternativas a la justicia juvenil deben cumplirse de manera irrestricta las garantías del debido proceso, y, para reducir la discrecionalidad de las autoridades, es preciso contar con la opinión del niño, en el caso de la desestimación del caso, o del consentimiento libre y sin presiones del niño acusado, en el caso de los medios alternativos de solución de controversias o de las medidas de remisión, quien deberá ser debidamente asesorado o su abogado defensor.

La Comisión también señala que la aplicación de estas medidas con respecto a un niño no puede ser considerada como un antecedente en futuros procesos ante la justicia juvenil a los que se vea enfrentado a causa de una presunta infracción de leyes penales. En estos casos, los registros sólo tendrán efectos informativos y su acceso estará limitado a las autoridades competentes del sistema de justicia juvenil.

Adicionalmente, la Comisión enfatiza la importancia de que exista una revisión o recurso judicial respecto de la adopción de estas medidas alternativas. En caso de que no se tome en cuenta la opinión de la NNA o su consentimiento, dependiendo de la medida que se trate, en estos casos deberá proceder el recurso efectivo correspondiente ante autoridad judicial especializada en la materia. En todos los casos

---

<sup>103</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 225.

deberá tenerse en cuenta el interés superior de la NNA y los demás principios de la justicia juvenil”<sup>104</sup>.

También, la Comisión, en cuanto a los *criterios de oportunidad reglada*, señala que valora que los Estados de la región estén recogiendo en su legislación mecanismos procesales que permitan a las autoridades no proseguir con los procesos seguidos a niños acusados de infringir leyes penales, lo que coadyuva a disminuir el impacto negativo de la justicia penal en los niños...”<sup>105</sup>.

En cuanto a *medios alternativos de solución de controversias*, en aplicación del principio de excepcionalidad, la Corte ha señalado que:

son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas, Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad<sup>106</sup>.

En armonía con la posición de la Corte IDH, la Comisión, afirma:

...observa además que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad. Asimismo, estos mecanismos pueden resultar particularmente eficaces para atender los casos de niños infractores en comunidades indígenas<sup>107</sup>.

Es también importante resaltar que la CIDH, a la luz del principio de excepcionalidad ahora descrito, desarrolla la *justicia restitutoria*, en ese marco, establece que estos medios alternativos típicamente incluyen procesos de justicia retributiva y señala que en virtud a los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal, estas medidas son una respuesta evolutiva al delito que promueva la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.

---

<sup>104</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., parr. 227.

<sup>105</sup> Ibidem, parr. 232.

<sup>106</sup> Corte IDH, OC 17/02 parr. 135

<sup>107</sup> Informe sobre Justicia Penal Juvenil en las Américas, op. cit., parr. 234.

Añade que el proceso de justicia reformativa es aquél en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador<sup>108</sup>.

Por su parte, la Corte IDH, a la luz del *principio de excepcionalidad*, desarrolla el concepto de la *justicia alternativa* y establece que:

Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad<sup>109</sup>.

De acuerdo al criterio de la Corte IDH, es imperante destacar que, en el marco del principio de excepcionalidad, debe desarrollarse *la participación de niños en programas o servicios de remisión*, los cuales tienen génesis en la regla 11.1 de las Reglas de Beijing. Al respecto el Comité de los Derechos del Niño señala:

La remisión de casos (es decir, medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales) sólo deberá utilizarse cuando se disponga de pruebas fehacientes de que el niño ha cometido el delito del que se le acusa, de que ha admitido libre y voluntariamente su responsabilidad, de que no se ha ejercido intimidación u opresión sobre él para obtener esa admisión y, por último, de que la admisión no se utilizará contra él en ningún procedimiento legal ulterior.

---

<sup>108</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit, parr. 236.

<sup>109</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02, op. cit., párr. 135.

La NNA debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de ésta.

Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando la NNA tenga menos de 16 años. La legislación debe contener indicaciones concretas de cuándo es posible la remisión de casos, y deberán regularse y revisarse las facultades de la policía, los fiscales y otros organismos para adoptar decisiones a este respecto, en particular para proteger al niño de toda discriminación.

Debe darse a la NNA la oportunidad de recibir asesoramiento jurídico y de otro tipo apropiado acerca de la conveniencia e idoneidad de la remisión de su caso ofrecida por las autoridades competentes y sobre la posibilidad de revisión de la medida. La remisión efectiva de un niño deberá suponer el cierre definitivo del caso. Aunque podrá mantenerse un expediente confidencial de la remisión con fines administrativos y de examen, no deberá considerarse un “registro de antecedentes penales”, y no deberá equipararse la remisión anterior de un caso a una condena. Si se inscribe este hecho en el registro, sólo deberá permitirse el acceso a esa información y por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, un año como máximo, a las autoridades competentes que se ocupan de los niños que tienen conflictos con la justicia<sup>110</sup>.

En efecto, en armonía con el principio de excepcionalidad, la remisión, es un mecanismo para solucionar conflictos de niños con la ley fuera del ámbito jurisdiccional penal a través de diferentes tipos de servicios o programas. Así, la Comisión, establece que:

...la remisión implica la supresión del procedimiento ante la justicia juvenil y la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, por lo que estos casos no debieran ser considerados para efectos de reincidencia. Esta alternativa pretende evitar, en todos los casos en los que sea posible, la puesta en funcionamiento de los sistemas penales formales, a través de una reorientación del conflicto hacia servicios apoyados por la comunidad. Se han considerado especialmente recomendables los programas que entrañan la avenencia mediante la

---

<sup>110</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General 10, párr. 27.

indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. La remisión a un servicio puede implicar que no se imputen cargos o que se desista de ellos. Otra opción es requerir que se complete un programa o que se asista en forma satisfactoria a un servicio durante un lapso específico antes de acordar la no imputación o la desestimación de los cargos”<sup>111</sup>.

Ahora bien, los criterios antes señalados son asumidos por el CNNA, en ese sentido, el art. 262.VI, se establece que el Estado garantiza la justicia restaurativa, así como la oportuna salida o la liberación del conflicto.

#### **La remisión (Art. 298 CNNA)**

Es una medida de *desjudicialización* por la cual se excluye a la persona adolescente del proceso judicial, con el fin de evitar los efectos negativos que éste pudiera ocasionar al desarrollo del adolescente. Esta medida no puede considerarse como antecedente penal y solamente procederá cuando el delito tenga una pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y exista consentimiento del adolescente y su madre, padre, guardadora, guardador, tutor o tutora para someterse a este mecanismo de justicia restaurativa.

De acuerdo al art. 300.II, el cumplimiento de esta medida restaurativa, no podrá exceder los seis meses computables a partir de su aplicación y una vez cumplida esta medida, se decretará el cierre definitivo de la causa.

Otra salida alternativa establecida por el CNNA es la *conciliación* que implica la solución del conflicto y puede ser realizada hasta antes de la sentencia.

Por su parte, el art. 316 del CNNA, señala que son mecanismos de justicia restaurativa los procedimientos que acompañan la aplicación de la remisión, las salidas alternativas y las medidas socio-educativas, en estos casos, para la reintegración del adolescente, participan el adolescente, su madre, su padre, sus tutores, sus guardadores, personas de apoyo y en su caso miembros de la comunidad afectada por el delito, además este proceso debe ser acompañado por un equipo interdisciplinario facilitador.

---

<sup>111</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit, párr. 245.

En este contexto, el art. 317 del referido Código, señala que los mecanismos de justicia restaurativa con participación de la víctima se realizan a través de la mediación, reuniones familiares, círculos restaurativos y otros similares y cuando la víctima no participa, el mecanismo se realiza a través de un programa de orientación socio-educativa, los cuales, de acuerdo al art. 321 de este Código, son programas personalizados e integrales de acompañamiento y seguimiento a las personas adolescentes en el Sistema Penal, que cumplen acuerdos derivados de la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa, sin participación de víctima y son diseñados e implementados por las instancias departamentales de gestión social y de acuerdo al art. 322, tienen la finalidad primordialmente educativa de reintegración social y cuando fuere posible de reparación del daño, además, tiene la finalidad de evitar la reincidencia por medio de la intervención interdisciplinaria e individualizada de la persona adolescente en el Sistema Penal y pueden ser cumplidas en libertad, con restricción y con privación de libertad.

En el marco de la justicia restaurativa, corolario del principio de excepcionalidad, el art. 323 del Código Niña, niño, adolescente, señala que las medidas socio-educativas que se cumplen en libertad son: a) prestación de servicios a la comunidad; y b) libertad asistida. Por su parte, aquellas que se cumplen con restricción a la libertad son: i) régimen domiciliario; ii) régimen en tiempo libre; y régimen semi-abierto. Además, las medidas socio-educativas con privación de libertad son las que se cumplen bajo régimen de internamiento.

En armonía con lo señalado, los centros especializados para el cumplimiento de las medidas socio-educativas en libertad y en privación de libertad son de acuerdo al art. 332 del Código Niña, niño y adolescente: a) Centros de orientación, en los que se brindará atención y se hará seguimiento y evaluación en el cumplimiento de los mecanismos de justicia restaurativa, las medidas socio-educativas en libertad y las de permanencia en régimen domiciliario, así como las medidas cautelares en libertad; y b) centros de reintegración social, en los que se cumplirá la detención preventiva, las medidas socio-educativas de permanencia en régimen de tiempo libre, semi-abierto y de internación.

Además, en el marco del debido proceso sustantivo, el art. 318.c, señala que los acuerdos realizados en el marco de la justicia restaurativa contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

#### **4.7. Principio de legalidad**

El principio de legalidad tiene una exigencia reforzada en cuanto a NNA, en ese sentido, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas...que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana<sup>112</sup>.

En el marco de lo antes anotado, debe precisarse que la Comisión, ha señalado que el principio de legalidad penal contemplado en el artículo 9 de la Convención Americana debe regir la normatividad del sistema de justicia juvenil<sup>113</sup>.

Así las cosas, el art. 40 de la CDN, reconoce taxativamente el principio de legalidad; por su parte, el art. 70 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, consagra el principio de legalidad y establece que ningún menor estará sujeto a sanciones disciplinarias que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor. Este principio se encuentra también asegurado en la Directriz 56 de las Directrices de Riad. Asimismo, el art. 7 de la Convención Americana, establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas previamente por ley.

---

<sup>112</sup> Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

<sup>113</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit, parr. 62.



La Corte IDH, en la OC 17/02, en su parte decisoria, en el punto 12 declara:

...la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con estos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

Además, en el marco del principio de legalidad, la Comisión señala lo siguiente:

...considera que la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia...El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención). Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona. Los menores que se encuentran en situación de riesgo, esto es, que deben trabajar para ganar su sustento, o que viven en la calle por carecer de un hogar, no pueden ser sancionados por esta situación. Más allá de sancionar a los menores por su supuesta vagancia, el Estado tiene un deber de prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud<sup>114</sup>.

Además, la Corte IDH ha señalado que “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales- puedan

---

<sup>114</sup> CIDH, Informe No. 41/99, Caso 11.491, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, honduras, 10 de marzo de 1999. Párrs. 109 y 110.

reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”<sup>115</sup>. En el ámbito interno, este principio es consagrado por los artículos 261 y 262.II del CNNA.

#### 4.8. Principio de no regresividad

Este principio, está directamente vinculado con el principio *pacta sunt servanda*, es decir que los Estados, una vez comprometida su fe y luego de adoptar las medidas de garantía y protección debidas en el marco de instrumentos internacionales como por ejemplo la CADH o la CDN, en mérito a la *no regresividad*, dichas medidas, políticas o acciones, no pueden suprimirse, soslayarse o ser disminuidas en su efectividad.

En coherencia con lo anotado, la Comisión señaló lo siguiente:

Quando los Estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno para garantizar el cumplimiento de las normas contenidas en dichos tratados.

La Comisión afirma también que:

Los progresos alcanzados en la protección de los derechos humanos son irreversibles, de modo que siempre será posible expandir el ámbito de protección de los derechos, pero no restringirlo. Cabe mencionar además que las obligaciones de los Estados frente a los niños según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención Americana, no son sujetas de suspensión bajo circunstancia alguna<sup>116</sup>.

Finalmente, la Comisión, concluye señalando que:

La Comisión advierte que la adopción de medidas regresivas a través de las cuales se limite el goce de los derechos de los niños, constituye una violación a los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos e insta a los Estados a abstenerse de

---

<sup>115</sup> Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C no. 110, párr. 83.

<sup>116</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit, Párr. 140.

aprobar legislación contraria a los estándares sobre la materia<sup>117</sup>.

En el ámbito interno, se tiene que el CNNA, en el art. 12.j, consagra el principio de ejercicio progresivo de derechos, a partir del cual se infiere el principio de progresividad descrito en este acápite.

#### **4.9. Principio de especialización**

Este principio rector prescribe, en virtud a la protección especial a la niñez y adolescencia, la necesidad de establecer una justicia juvenil diferenciada de los adultos a través de una magistratura especializada<sup>118</sup>.

En efecto, a partir de este principio, la Corte IDH, ha señalado que los que ejerzan facultades en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas, necesarias y proporcionales<sup>119</sup>.

Por su parte, la Comisión señala que:

la especialización requiere leyes, procedimientos e instituciones específicos para niños, además de capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil. Estos requisitos de especialización se aplican a todo el sistema y a las personas que en él laboran, incluyendo al personal no jurídico que asesora a los tribunales o que ejecuta las medidas ordenadas por los tribunales, y al personal de las instituciones en las que se mantiene a los niños privados de su libertad. Los requisitos de especialización también se aplican a las fuerzas policiales cuando entran en contacto con los niños y las niñas<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit, Párr. 144.

<sup>118</sup> CIDH, Informe No. 41/99, Admisibilidad y Fondo, Menores detenidos, Honduras 10 de marzo de 1999, párr. 125.

<sup>119</sup> Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Seri C no. 112, párr. 211.

<sup>120</sup> Informe sobre Justicia penal juvenil en las Américas, op. cit., párr. 85.

En cuanto a este tema, debe destacarse que

La Comisión mira con preocupación que, fuera de las ciudades principales es frecuente que no existan jueces específicamente designados o capacitados para atender los casos de niños que son acusados de infringir leyes penales, de forma tal que el grado de especialización que exhibe el sistema jurídico es incluso menor. En muchos Estados, en los distritos fuera de la capital o de las ciudades principales, los niños infractores son procesados por jueces ordinaria. De hecho, es común que el mismo juez que conoce todos los demás asuntos conozca los relativos a la justicia juvenil, o, si existe un juez de lo familiar, éste se encargue de los niños infractores. La distribución geográfica del sistema de justicia juvenil es un elemento básico para evaluar la capacidad del Estado para procesar y sancionar a niños infractores según los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien la Comisión reconoce que no siempre es posible que existan en todo el territorio jueces dedicados a conocer exclusivamente casos de niños acusados de infringir leyes penales, considera que, como mínimo, los jueces que conozcan estos casos deben estar debidamente capacitados para poder decidir casos sobre justicia juvenil, en aplicación de todos los derechos y garantías específicos establecidos para los niños<sup>121</sup>.

El ámbito normativo interno, cumple con las condiciones de este principio, así, el art. 157 del CNNA, en el marco del derecho al acceso a la justicia para niños, consagra este principio

#### **Principio de especialidad (Art. 157.II CNNA)**

Toda protección, restitución y restauración de los derechos de la niña, niño y adolescente, debe ser resuelta en ámbitos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, mediante instancias especializadas y procedimientos ágiles y oportunos.

Este principio se trasluce también del contenido del artículo 193.a del cuerpo normativo antes señalado. Por su parte los artículos 198 y 207, en el marco del principio de especialidad, consagran la competencia de los Jueces Públicos en materia de Niñez

---

<sup>121</sup> Ibidem, párr. 91.

y Adolescencia y establece de manera específica las acciones a ser conocidas por esta instancia jurisdiccional<sup>122</sup>.

Además, el principio de especialización irradia de contenido el artículo 259, el cual señala:

**Principio de especialidad en el Sistema Penal para Adolescentes (Art. 259 CNNA)**

El sistema penal para adolescentes es el conjunto de instituciones, instancias, entidades y servicios que se encargan del establecimiento de la responsabilidad de la persona adolescente por conductas punibles en las que incurra, así como de la aplicación y control de las medidas socio-educativas correspondientes. Este Sistema ejecutará el Plan Plurinacional de la Niña, Niño y Adolescente en lo pertinente<sup>123</sup>.

También en el artículo 261 del CNNA, en mérito al principio de especialidad señala que la o el adolescente que incurra en la comisión de conductas punibles tipificados como delitos en el Código Penal y en leyes especiales, responderá por el hecho de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la Jurisdicción Especializada y en la medida socio-educativa que se le imponga.

Este principio también está consagrado en el artículo 162.h que consagra el derecho de los niños a una defensa especializada. Asimismo, este principio es el fundamento del artículo 285, el cual establece los requisitos para la detención preventiva de adolescentes, los cuales tienen un enfoque diferenciado en relación a los requisitos de

---

<sup>122</sup> Entre las competencias de estos jueces se encuentran las siguientes: a) aplicar las medidas cautelares, condicionales de protección y sanciones; b) conocer y resolver la filiación judicial; c) conocer y resolver las solicitudes de restitución de la madre del padre o de ambos; d) conocer, resolver y decidir sobre la vulneración a normas de protección laboral y social para la y el adolescente establecidos en este Código; e) resolver la restitución de la niña, niño o adolescente a nivel nacional e internacional conforme a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; f) conocer y resolver procesos de tutela ordinaria y guarda; g) conocer y resolver procesos de adopción nacional e internacional; y h) otras que habilite el presente Código y la normativa vigente.

<sup>123</sup> Este sistema de acuerdo al artículo 260, está integrado por el Ministerio de Justicia; Juzgados Públicos en materia de niñez y adolescencia; Ministerio Público; Defensa Pública; Policía boliviana; Gobiernos Autónomos Departamentales; Instancia Departamental de Policía Social; y, Entidades de Atención.

procedencia de la detención preventiva establecidos en el Código de Procedimiento Penal<sup>124</sup>.

La jurisprudencia constitucional para asegurar la eficacia de este principio ha establecido en la SCP 927/2012, entre muchas otras, que la presunción de minoridad es una garantía reforzada que rige automáticamente cuando el adolescente, niño o niña involucrada en un hecho delictivo invoca su minoridad; aspecto que incide en determinar la competencia de la autoridad jurisdiccional y en hacer efectivo el derecho a una administración con personal especializado.

Asimismo, en la SCP 0033/2015-S1 del 6 de febrero, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las defensorías de la niñez y adolescencia son competentes para adoptar con carácter excepcional y de emergencia, medidas de protección social contra situaciones de riesgo que amenacen los derechos de los niños, niñas y/o adolescentes, medidas que deberán ser inmediatamente comunicadas a la autoridad jurisdiccional en el plazo de setenta y dos horas, como única autoridad con facultad plena para determinar la situación jurídica del menor, no pudiendo arribar a acuerdos conciliatorios que no aseguren el debido proceso entre las partes.

Cabe señalar que, en el marco de nuestro modelo de Estado, el art. 12.f) complementa el principio de diversidad cultural, por el cual a las NNA se les reconoce y respeta su identidad y pertenencia a una cultura; principio que debe ser también una directriz para las autoridades y servidores públicos.

---

<sup>124</sup> Entre los requisitos para la detención preventiva de adolescentes se encuentran los siguientes: a) la existencia de elementos suficientes sobre la probable participación de la o el adolescente en el hecho; b) que exista riesgo razonable de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad; en el parágrafo II (aspecto diferenciado en relación a las reglas del Código de Procedimiento Penal), establece que no procederá la detención preventiva por hechos que se adecuen a delitos contra la propiedad, cuando se devuelva, se restituya o recupere la cosa, o ésta no haya salido contra la víctima, o el daño haya sido reparado. Asimismo, el parágrafo III de este artículo, establece que la detención preventiva se practicará en los centros de reintegración social en forma diferenciada por género y separada de adolescentes en cumplimiento de medidas socio-educativas con privación de libertad, debiendo ser priorizada la celeridad de su tramitación.

## **II. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA**

### **1. El sexo, el género y el modelo hegemónico de masculinidad**

El sexo es un dato biológico que, a partir de las características sexuales externamente percibidas, clasifica a las personas como hombres o mujeres. En este sentido, el artículo 3 de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016 (Ley de Identidad de Género) define al sexo como la “Condición biológica, orgánica y genética que distingue a mujeres de hombres”.

De acuerdo a la Recomendación General No. 28 del Comité de la CEDAW, el género, es el conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo biológico<sup>125</sup>. En este mismo sentido, el artículo 3 de la referida Ley 807, establece que el género: “Es la construcción social de roles, comportamientos, usos, ideas, vestimentas, prácticas o características culturales y otras costumbres para el hombre y la mujer”.

A partir de estos dos elementos, se ha estructurado el sistema binario sexo-género, a partir del cual la sociedad occidental ha organizado sus estructuras sociales, culturales, políticas, familiares, jurídicas, religiosas e ideológicas, en el marco de un modelo hegemónico de masculinidad que es la esencia del sistema patriarcal.

Esta repartición de roles a partir del dato biológico del sexo, ha generado una jerarquización del hombre y la histórica subordinación de la mujer, bajo la creencia de su inferioridad, debilidad y por ende deber de sumisión. La historia, la filosofía, la religión, las teorías políticas, sociales y religiosas han reproducido este sistema de dominación.

Los ejemplos que se citarán, demostrarán la idea de inferioridad de la mujer y la influencia de estas posturas en la política, la religión, la familia y todos los ámbitos de la vida social occidental.

---

<sup>125</sup> COMITÉ CEDAW, Recomendación N° 28.

### **Pitágoras**

El filósofo griego afirmaba: “Existe un principio bueno que ha creado el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que ha creado el caos, las tinieblas y la mujer” (cit. por Beauvoir en el Segundo Sexo)

### **Aristóteles**

El filósofo griego sostenía que “El macho es por naturaleza superior y la hembra inferior; uno gobierna y la otra es gobernada; este principio de necesidad se extiende a toda la humanidad”. Para el filósofo la hembra humana es un animal que nace, crece, se reproduce y muere. Por el contrario, el hombre es un ser social y político por excelencia; la mujer es un ser biológico y su función es la reproducción (Aristóteles, Obras Completas. Generación de los animales, 1932)

### **Rousseau**

“Cuando la mujer se queja de la injusta desigualdad en que la ha puesto el hombre, comete un error, esta desigualdad no es una institución humana, o al menos no es obra del prejuicio, sino de la razón” (El Emilio, Cap. V). En cuanto a Sofía (El modelo rousoniano de mujer) el autor señala que esta “formada para obedecer a un ser tan imperfecto como el hombre, con frecuencia tan lleno de vicios y siempre tan lleno de defectos, debe aprender con anticipación a sufrir incluso la injusticia y a soportar las sinrazones de un marido sin quejarse” (*ibid.*)

### **Samuel Johnson**

“Es preferible ver una buena comida sobre la mesa a oír a la esposa hablar en griego”

### **Hegel**

Para Hegel las mujeres pertenecen a la familia, están fuera de la ciudadanía y de los intereses universales y no tienen individualidad: son la madre, la hermana, la esposa, la hija. En cambio, los varones han de vivir para el Estado y las mujeres para la familia. (Miyares, 2014, p. 262)

### **Schopenhauer**

Para este filósofo, la división entre los sexos es natural. Los sexos son modos de existencia perfectamente diversos y divergentes. El sexo masculino es reflexivo y el femenino es inmediato. Todas las mujeres deben ser seres de harén, y en esto las culturas orientales se han mostrado más sabias que Europa. Las mujeres no deben tener derechos y deben ser educadas en la sumisión. De no hacerlo así, se las hace infelices colectivamente. (Miyares, 2014, p. 262)

Los filósofos citados sólo como ejemplo, sin duda han tenido una influencia directa en la formación de los Estados modernos, en su institucionalidad, en sus sistemas políticos, jurídicos y culturales, han legitimado a partir de argumentos biológicos y “naturales” la diferencia de sexos y la asignación de los roles públicos, de cuidado y de



dominio a los varones y el rol del cuidado de la familia, de exclusión de la vida pública y de obediencia y subordinación a la mujer.

El pensamiento filosófico citado, armónico con las ideas religiosas y explicaciones biológicas, han sido determinantes para excluir el derecho al voto y al acceso a la función pública de la mujer, ha legitimado la posición de la legislación civil que la declaró incapaz para realizar actos jurídicos civiles e incluso, tal como lo estableció el Código napoleónico de 1804, la consideró como propiedad del varón, con roles de procreación, de sumisión y obediencia al esposo.

Es así que las sociedades occidentales han reproducido un modelo hegemónico de masculinidad y han desarrollado sus estructuras e instituciones de manera asimétrica por los roles de género asignados a los varones blancos y a las mujeres blancas. En esta estructura patriarcal, la mujer afrodescendiente o indígena, no existía, era un *no ser* en el sistema patriarcal de hombres blancos.

#### **Roles de género**

Son comportamientos aprendidos en una sociedad, comunidad o grupo social, en los que sus miembros están condicionados para percibir como masculinas o femeninas ciertas actividades, tareas y responsabilidades. Estas percepciones están influenciadas por la edad, clase, raza, etnia, cultura, religión u otras ideologías, así como por el medio geográfico, económico y político. A menudo se producen cambios de los roles de género como respuesta al cambio de las circunstancias económicas, naturales o políticas, incluidos los esfuerzos por el desarrollo, los ajustes estructurales u otras fuerzas de base nacional o internacional. En un determinado contexto social, los roles de género de los hombres y las mujeres pueden ser flexibles o rígidos, semejantes o diferentes, y complementarios o conflictivos.

Este modelo hegemónico de masculinidad, también genera discriminación por orientación sexual y por identidad de género, en este marco, y para efectos de aclarar conceptos esenciales que luego serán aplicados cuando se analice la violencia en razón de género, corresponde realizar las siguientes precisiones:

#### **Orientación sexual**

Se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta)

Seguendo los lineamientos de la OACNUDH, existen tres tipos de orientación sexual: la heterosexual, la homosexual y la bisexual<sup>126</sup>.

#### Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

#### Homosexualidad

“Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina”.

#### Bisexualidad

“Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”<sup>127</sup>.

Corresponde también precisar el alcance de la identidad de género, a cuyo efecto se asumirá la definición utilizada por los Principios de Yogyakarta, que señalan:

#### Identidad de género

Es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” **(Principios de Yogyakarta)**

#### Personas transgénero

Hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al momento del nacimiento, sin que esto implique intervención médica de modificación corporal (Art. 3.6. de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016, Ley de Identidad de Género).

<sup>126</sup> OACNUDH, Orientación Sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

<sup>127</sup> Ibid.

### **Personas transexuales**

“Personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al que se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física - biológica a su realidad psíquica y social” (Art. 3.5. de la Ley 807 de 21 de mayo de 2016, Ley de Identidad de Género).

También existen otras categorías del transgenerismo, como es el caso de las personas travestis.

### **Personas travestis**

“Son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo”<sup>128</sup>.

También debe considerarse la expresión de género y la intersexualidad.

### **Expresión de género**

De acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “se refiere a la manifestación externa del género de una persona”<sup>129</sup>; es decir, son los rasgos, las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, que connotan la identidad de género de una persona. La Comisión Interamericana señala que la expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando a través de características como la vestimenta, los manierismos y las modificaciones corporales, se subvierten expectativas tradicionales de expresión de género<sup>130</sup>.

### **Intersexualidad**

“Integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como ‘todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente’. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. Una persona intersex puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno

---

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

de los dos mientras su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual”<sup>131</sup>.

Para designar a las personas con diversa orientación sexual e identidad de género, se utiliza el acrónimo LGBTI (lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales). Este acrónimo es usado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que inclusive tiene una relatoría con ese nombre: Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex, que fue instalada el 8 de noviembre de 2013.

Sin embargo, se debe aclarar que, como la propia Comisión Interamericana lo reconoce, la denominación LGTBI puede resultar limitada dada la complejidad y la diversidad existente respecto a las orientaciones sexuales, las identidades de género y los cuerpos; a su vez, la Comisión aclara que en realidad lo que interesa, con independencia del nombre, es el examen de la “situación de violencia motivada por el prejuicio basado en la percepción de que la orientación sexual, y/o identidad o expresión de género de las personas LGBT desafían normas y roles de género tradicionales, o, en el caso de las personas intersex, porque sus cuerpos difieren del estándar de corporalidad femenina y masculina. Como esta violencia está basada en la percepción que otras personas tienen sobre las orientaciones, identidades, expresiones y cuerpos, la violencia se manifiesta independientemente de que la persona que es víctima de violencia se identifique como lesbiana, gay, bisexual, trans o intersex”<sup>132</sup>.

También es preciso referir al movimiento *queer*, que es un conjunto de grupos que sostienen que la sexualidad y el género son espacios plásticos, construcciones sociales y políticas que fueron creados para unir el sistema sexo/género y la reproducción. La teoría queer “es la elaboración teórica de la disidencia sexual y la deconstrucción de las identidades estigmatizadas”<sup>133</sup> o periféricas, que son aquellas que van más allá de la frontera de la sexualidad aceptada socialmente –la heterosexualidad.

Por todo lo expuesto, hasta este punto debe quedar claro que las relaciones sociales jerarquizadas por los roles de género establecidos a partir de datos biológicos, han consolidado un sistema de dominación masculina reproducido por la institucionalidad

---

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, op. cit., p. 30.

<sup>133</sup> FONSECA HERÁNDEZ, Carlos, QUINTERO SOTO, María Luisa, *La teoría Queer: La deconstrucción de las sexualidades periféricas*.

estatal, la educación, las leyes, las costumbres y las prácticas religiosas de estados legislativos de derecho y que luego transitaron a Estados Constitucionales de Derecho.

Esta construcción asimétrica de las sociedades occidentales por roles de género, son la causa directa de los prejuicios y estereotipos que, a pesar de la vigencia de Estados Constitucionales de Derecho, todavía perviven y son la causa de la discriminación para el ejercicio pleno de derechos tanto para mujeres como para personas LGBTI.

Ahora bien, en el caso hipotético planteado en la primera unidad, será esencial que las autoridades fiscales, consideren aspectos como los roles de género, las características del modelo hegemónico de masculinidad en el contexto de enfoques de interseccionalidad, para así, investigar el caso de la pequeña B.R.L., con perspectiva de género y brindarle una protección reforzada frente a su situación de particular vulnerabilidad.

## **2. La igualdad sustantiva y la garantía de prohibición de discriminación**

Las asimetrías históricas en razón de género son la causa directa de prejuicios y estereotipos, los cuales, a su vez, generan discriminación estructural, directa, indirecta e interseccional que evitan el ejercicio pleno de derechos a mujeres y a personas LGBTI.

Mientras persistan los estereotipos o prejuicios, la igualdad formal no es suficiente para asegurar el ejercicio pleno de derechos, por eso la importancia que en el derecho internacional de los derechos humanos y en los modelos constitucionales propios de los Estados Constitucionales de Derecho ha adquirido la igualdad sustantiva. En esta línea es importante resaltar los siguientes conceptos:

### **Igualdad formal**

Esta contemplada en instrumentos internacionales de derechos humanos como la CADH o el PIDCPs, así como en la Constitución boliviana y está referida a la aplicación igual de la ley a todas las personas con independencia de sus características especiales y en clave de universalidad y homogeneidad.

### **Igualdad material o sustantiva**

Es la igualdad real para el ejercicio pleno de derechos y sin discriminación. Se la ejerce a partir de la superación de cualquier situación de asimetría, desventaja y vulnerabilidad en la cual se encuentran grupos determinados por razones de sexo, género, orientaciones sexuales, raza u otros criterios prohibidos de discriminación o situaciones de desventaja material.

### **Igualdad estructural**

A partir de las desventajas y opresiones históricas de ciertas poblaciones y grupos sociales y su incidencia en las prácticas sociales, creencias, prejuicios, que se manifiestan y reproducen en las instituciones y el ejercicio del poder, pretende generar una igualdad sustantiva en todos los ámbitos de la vida social.

En coherencia con el avance del derecho internacional de los derechos humanos, la cláusula constitucional y convencional de la igualdad es interdependiente a la garantía de prohibición de discriminación. En este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos, establece los siguientes tipos de discriminación:

### **Discriminación directa**

Existe discriminación directa cuando la norma, la política pública o el entendimiento judicial o administrativo contempla de manera explícita una distinción injustificada y desproporcional que restringe o excluye el goce o el ejercicio pleno de un derecho a una persona o grupo de personas.

### **Discriminación indirecta**

Existe discriminación indirecta cuando una norma, política pública o entendimiento judicial o administrativo, si bien aparenta ser neutral, empero, por relaciones jerarquizadas de poder o situaciones estructurales de asimetría o desventaja, genera un trato o impacto diferenciado e injustificado en determinadas personas o colectividades.

### **Discriminación interseccional**

La discriminación interseccional se manifiesta en tratos diferenciados injustificados y desproporcionados ocasionados por varios factores como ser sexo, género, raza, origen, condición económica, entre otros, que se entrecruzan y que colocan a las personas o colectividades en una situación de mayor vulnerabilidad.

### **Discriminación estructural**

La discriminación estructural está vinculada con la desigualdad estructural y se manifiesta en actos, omisiones o distinciones injustificadas basadas en prácticas jerarquizadas, creencias y prejuicios excluyentes que son reproducidos por las instituciones públicas o privadas y por todo el orden social, político, económico, cultural o religioso y que afecta a personas o

grupos históricamente discriminados, como el caso de las mujeres o las personas LGBTI.

A partir del concepto de discriminación estructural y en aras de consolidar una igualdad sustantiva, el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación, ya que los mismos han generado históricas relaciones de jerarquización, asimetría y discriminación y tienen la finalidad de limitar o suprimir el ejercicio pleno de derechos.

En el derecho internacional de los derechos humanos, existe una presunción de discriminación en cuanto a las categorías sospechosas o criterios prohibidos de discriminación. En este contexto, se presume que toda norma, política pública o decisión judicial o administrativa vinculada a uno de los criterios prohibidos de discriminación, contiene un trato diferenciado injustificado en base a los prejuicios o creencias discriminatorias que conllevan estas categorías y que por tanto implican una limitación o supresión arbitraria para el ejercicio pleno de derechos, por lo que, el Estado, a través de sus agentes, tiene la carga probatoria y argumentativa para demostrar que la decisión asumida es armónica con la igualdad sustantiva.

#### **Los criterios prohibidos de discriminación en la Constitución boliviana**

Los criterios prohibidos de discriminación, están disciplinados como un catálogo abierto y no cerrado por el artículo 14.II de la Constitución, disposición que establece: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tenga por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos de toda persona”.

#### **Los tres presupuestos para la discriminación**

Existe discriminación cuando se presentan los siguientes presupuestos:

- 1) Se comete un acto o se incurre en una omisión que distingue, excluye u otorga un trato diferente a una persona o un grupo de personas.
- 2) Esta distinción, exclusión o trato diferenciado está motivado por una condición específica de la persona como el sexo, el género, la raza, el origen social, la preferencia sexual u otras condiciones sociales; y
- 3) El resultado de dicho acto u omisión sea la limitación o negación de alguno de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, en el marco de la enseñanza clínica del derecho, a continuación se analizará el emblemático caso “Campo Algodonero Vs. México” y la utilización por parte de la Corte IDH de las categorías conceptuales precisadas precedentemente.

En un contexto de centenares de mujeres, niñas y adolescentes muertas violentamente en Ciudad Juárez (México), el 6 de noviembre de 2021 en un campo algodónero de esta ciudad, fueron encontrados los cuerpos de dos adolescentes y una mujer identificadas como las jóvenes Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

En su fallo, la Corte IDH, realiza los siguientes antecedentes contextuales:

- La Ciudad Juárez está ubicada en el norte del Estado de Chihuahua, exactamente en la frontera con El Paso, Texas. Se caracteriza por ser una ciudad industrial, en la cual, se ha desarrollado particularmente la industria maquiladora y además se caracteriza por ser una ciudad de tránsito de migrantes, mexicanos y extranjeros. Su ubicación geográfica que la sitúa en una zona de tránsito migratorio tanto de personas mexicanas como extranjeras y las desigualdades sociales existentes, han contribuido a varias formas de delincuencia organizada como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero, incrementando así los niveles de inseguridad y violencia (párr. 113).
- En ciudad Juárez, aproximadamente desde 1993, existió un aumento significativo en el número de desapariciones y “homicidios” de mujeres y niñas sin que el Estado haya brindado una respuesta eficiente (párr. 114).
- En 1998 la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México examinó 24 casos de “homicidios de mujeres” y concluyó que durante las investigaciones se habían violado los derechos humanos de las víctimas y su familiares, a partir de esa fecha se han pronunciado varios organismos internacionales y nacionales sobre derechos humanos (párr. 116).
- El Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres, el aumento en lo referente a las mujeres “es anómalo en



varios aspectos”, ya que: **i)** en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres; **ii)** los coeficientes de homicidios de mujeres se duplicaron en relación de los hombres; y **iii)** el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas. Además, de acuerdo a datos estatales, en 2006, Ciudad Juárez ocupó el cuarto lugar en homicidios de mujeres entre ciudades mexicanas (párr. 117).

- De acuerdo a los informes las víctimas eran mujeres jóvenes de 15 a 25 años de edad, estudiantes o trabajadoras de maquilas o de tiendas u otras empresas locales, y que algunas vivían en Ciudad Juárez desde hacia relativamente poco tiempo, por lo que las víctimas se caracterizan por ser predominantemente mujeres jóvenes, incluyendo niñas, trabajadoras -sobre todo de maquilas-, de escasos recursos, estudiantes o migrantes.
- Un considerable número de los homicidios presentaron signos de violencia sexual y según un informe de la Fiscalía Especial, algunos de los homicidios y las desapariciones desde 1993 “han presentado características y/o patrones conductuales similares”. (párrs. 124 y 125).
- Diversos informes establecen los siguientes factores en común en varios de los homicidios: las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones (párr. 125).
- En cuanto a las características sexuales de los homicidios, el Estado alegó que según cifras del año 2004, alrededor del 26% de los homicidios obedecía a actos de índole sexual violento (párr. 126).
- Hasta el año 2005 la Fiscalía Especial logró determinar que el número de casos en los que se presentó el patrón conductual que había indentificado el fenómeno denominado “Muertas de Juárez”, era el de alrededor del 30% de los 379 homicidios identificados, es decir, alrededor de 113 mujeres, en este contexto, una tercera parte del total de los homicidios de mujeres eran aquéllos clasificados como sexuales y/o seriales, estos últimos son aquellos donde se repite un patrón en el que por lo general la víctima no conoce a su

victimario y es privada de su libertad y sometida a vejaciones y sufrimientos múltiples, hasta la muerte (párr. 127).

- El tema de género es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual “sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos”. De acuerdo a la CIDH “niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el sólo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada” (párr. 127). De acuerdo a datos estadísticos, entre 1993 y 2005, del total de homicidios de mujeres, el 31.4 % fue producido por violencia social; el 28% por violencia doméstica y el 20.6% por móvil sexual, se advierte que de acuerdo a otros estudios, el 66% de los homicidios son el resultado de la violencia intrafamiliar o doméstico y el 26% obedecen a actos de índole sexual violento (párr. 131).

En el marco de la contextualización de antecedentes que realizó la Corte IDH, debe resaltarse los siguientes aspectos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señaló que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez **“tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Informe relativo al caso, resaltó el hecho de que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar no eran casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades y que estas situaciones de violencia están fundadas **“en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”**.

La Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas en el informe presentado por la CIDH, señaló que la violencia contra la mujer en México sólo puede entenderse

en el contexto de “**una desigualdad de género arraigada en la sociedad**”

En el caso concreto se advierten tres elementos esenciales: **a)** El concepto de inferioridad de hombres y mujeres en Ciudad Juárez; **b)** la cultura de violencia y discriminación basada en género; y, **c)** una desigualdad de género arraigada en la sociedad.

A partir de estos tres elementos, se puede evidenciar que la igualdad formal en Ciudad Juárez no es suficiente, porque existe un patrón de desigualdad basado en el género y una situación de inferioridad en la percepción social hacia la mujer, lo que genera una cultura de discriminación estructural hacia la mujer y la intersección de otros criterios prohibidos de discriminación como raza, condición económica, origen, entre otros, por lo que, para el caso amerita la utilización del **enfoque de género y de interseccionalidad**, por ser estos métodos del derecho destinados a identificar situaciones de desigualdad para así asegurar la igualdad sustantiva y estructural.

En efecto, a la luz de los citados enfoques, en el caso ahora analizado, la Corte IDH, concluyó sosteniendo que la violencia que padecen las mujeres de Ciudad Juárez se sustenta en la “discriminación estructural” que contra ellas existe en ese país, por tanto, México, al haber ratificado la Convención Belem do Para y la CADH, está obligado a combatir esta discriminación contra ellas, para este fin, estableció que **el Estado debía remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos.**

### **3. ¿Por qué investigar y juzgar con enfoque de género e interseccional?**

Como se evidenció en el acápite anterior, la igualdad sustantiva y estructural, exige que los Estados, para remover la discriminación estructural, interseccional, directa e indirecta, a través de sus agentes estatales, como ser jueces, fiscales y otros operadores del sistema, deben identificar dichas asimetrías para así superar obstáculos de hecho o de derecho que eviten el ejercicio pleno de derechos sin discriminación.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, el enfoque de género e interseccional es un método del derecho y de otras ramas de la ciencia, como la psicología, la sociología, el trabajo social, la antropología, etc., que tiene la finalidad de identificar situaciones de discriminación, asimetría o desventaja estructural e individual por razones de sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otros criterios prohibidos de discriminación, para así asegurar el ejercicio pleno de derechos en igualdad sustantiva y estructural.

De acuerdo a la Fiscalía General del Estado, durante la gestión 2020 se produjeron 35.824 denuncias por delitos de la Ley 348 (Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia), en este marco, si en el caso boliviano se utiliza el método contextual utilizado por la Corte IDH en el caso Campo algodón vs. México, es razonable sustentar que existe un patrón estructural de discriminación contra la mujer y las personas LGBTI y también situaciones individuales de asimetría y discriminación por razón de género, por tanto, para que el Estado Plurinacional de Bolivia cumpla sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de las víctimas de violencia en razón de género, es deber de las autoridades jurisdiccionales juzgar todos los casos de violencia en razón de género con enfoque de género e interseccional.

En el caso hipotético formulado en la primer unidad de aprendizaje, las autoridades fiscales deben a través de un enfoque de género e interseccional, deben considerar las situaciones de discriminación estructural hacia la mujer y en particular hacia la mujer y niña indígena, para así, remover todos los obstáculos de jure o de facto que impidan una debida investigación de los hechos de violencia sexual contra la pequeña B.R.L.

Además, en coherencia con lo señalado, es importante destacar que el enfoque de género e interseccionalidad cuestionan la cisnormatividad y la heteronormatividad emergente de sistemas jurídicos con arraigo en prejuicios, estereotipos y creencias de jerarquización y de categorización binaria de un sistema sexo/género.

#### **Cisnormatividad**

Idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Opinión Consultiva (OC) 24/17 párr. 32.

### Heteronormatividad

Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes (OC-24/17 párr. 32).

Por lo anotado, es importante precisar que “La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. En tanto este enfoque se hace cargo de detectar los impactos diferenciados que una norma genera y de buscar soluciones a través del derecho, lo que determina si en un proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en sexo, género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas” (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, p. 77).

Después del caso Campo Algodonero vs. México, la Corte IDH, ha desarrollado el deber de incluir la perspectiva de género en los casos Espinoza González Vs. Perú (párr. 309) y Véliz Franco y otros Vs. Guatemala (párr. 251).

El Tribunal Constitucional Plurinacional, también desarrolló el deber de investigar y juzgar con perspectiva de género en las SCPs 0064/2018-S2 y 0017/2019-S2, entre otras.

#### SCP 0064/2018-S2

Independientemente de la conformación del Tribunal, ya sea por varones o por mujeres, sus integrantes están obligados a aplicar una perspectiva de género, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Boliviano, nuestra Constitución Política del Estado y las normas internas; en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, por Acuerdo de Sala Plena 126/2016 de 22 de noviembre, aprobó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que contiene los estándares internacionales e internos que tienen que ser cumplidos de manera obligatoria por jueces, juezas y tribunales.

#### SCP 0017/2019-S2

El TCP en el marco de una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y concretamente a la luz de la Convención Belém do Pará y el art. 15 de la Constitución, y de acuerdo a los estándares del Comité para la Eliminación de las Discriminación Contra la Mujer CEDAW y de la Corte Interamericana de Protección a Derechos, desarrolló el deber de los operadores jurídicos de incluir la perspectiva

de género para lograr una igualdad de hecho y de derecho, para lo cual, los operadores del sistema, deben tramitar los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género, pero además, deben revisar las normas sobre la carga de la prueba, para asegurar así esta igualdad de hecho y de derecho. Esta perspectiva de género, debe ser asumida desde el inicio de la etapa preparatoria, tanto en el control jurisdiccional como en la fase de investigación. (FJ III.1.2).

Es importante señalar también que el Tribunal Supremo de Justicia, ha desarrollado el enfoque de género en los siguientes términos:

#### Auto Supremo 653/2019

La perspectiva de género debe ser utilizada, de manera transversal en todos los procesos judiciales, en las diferentes materias cuando del contexto del proceso adviertan una relación asimétrica de poder que coloque a la persona en una situación de marginación, vulnerabilidad o discriminación, pues como emergencia de la asimetría causada por esa condición de vulnerabilidad el Estado está obligado a generar o reforzar la protección de los derechos de ese grupo, pudiendo ser política, económica e incluso judicial, esta última obviamente a través de los operados o administradores de justicia.

Asimismo, es importante señalar que tanto la investigación como el juzgamiento de delitos de violencia en razón de género, deben aplicar el enfoque de interseccionalidad para identificar las situaciones múltiples de discriminación que se interseccionan y colocan a la persona en una situación de mayor vulnerabilidad o desventaja.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, ha desarrollado el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la aplicación del enfoque interseccional en la SCP 0358/2018-S2, en los siguientes términos:

#### SCP 0358/2018-S2

El TCP establece que el enfoque de interseccionalidad es una herramienta para analizar vulneraciones al derecho a la igualdad cuando se presentan múltiples factores de discriminación que afecten el ejercicio pleno de derechos, en este marco, a partir del enfoque de género puede tenerse una mirada plural de la discriminación y violencia hacia diversas categorías biológicas, sociales y culturales, como el sexo, el género, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la edad, la nacionalidad y otros ejes de identidad que se interaccionan en múltiples y a menudo simultáneos niveles de discriminación y violencia, comprendiendo las desigualdades y necesidades de esta población en los casos concretos, las cuales pueden estar atravesadas por diversas identidades y otros factores que

las coloquen en situaciones mayores de subordinación, violencia y discriminación. (FJ III.3.1.).

Los entendimientos jurisprudenciales descritos, al contener los estándares jurisprudenciales más altos, son precedentes en vigor y generan efectos vinculantes para las autoridades judiciales, quienes deben aplicar estos enfoques en los delitos de violencia en razón de género y en cualquier otra materia, ya que los enfoques de género e interseccional son transversales a todos los delitos y a todas las materias por tener sustento en los principios constitucionales de igualdad y prohibición de discriminación.

# Referencias

1. ALVAREZ GIMENEZ, María Elvira (2011). MOVIMIENTO FEMINISTA Y DERECHO AL VOTO EN BOLIVIA (1920 -1952). *Rev. Fuent. Cong.* [online]. vol.5, n.15 [citado 2019-11-02], pp. 5-16 Disponible en: <[http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1997-44852011000400003&lng=es&nrm=iso](http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1997-44852011000400003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 1997-4485.
2. CARBONELL, M., "Estudio Preliminar. La igualdad y los derechos humanos", en Carbonell, M. (Compilador), *El principio constitucional*. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/89257065/El-Principio-Constitucional-de-Igualdad-Miguel-Carbonell-1>
3. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. 2015. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/onformes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.
4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*. 2015. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf>. Última visita 8/9/17.
5. CEBADA ROMERO, Alicia (2002). "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *jus cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos". En: *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, número 4. Disponible en <http://reei.org/reei4/Cebada.pdf>.
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2015), *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II. Rev.2 Doc. 36.
7. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). que en el Informe de seguimiento-*Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>
8. COOK, Rebeca y CUSACK, Simone (2009). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* (traducción de Andrea Parra). Filadelfia: University of Pennsylvania Press, Pro Familia, p 76.
9. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María (2013) "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Introducción General. STEINER Christian y URIBE Patricia (editores). Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Plural Editores. P 46.
10. GAYLE, Rubin (1986), "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", 1996. En: *Revista Nueva Antropología*, año/vol. VIII, número 030. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México, pp 95-145.
11. GÓMEZ SUAREZ, Águeda (2009). "El sistema sexo/género y la etnicidad: sexualidades digitales y analógicas". En: *Revista Mexicana de Sociología*, vo 71, no. 4. Disponible en: <https://www.google.com.mx/#q=sistema+sexo+q%C3%A9nero+definici%C3%B3>
12. LAGUNA MAQUEDA, Óscar Emilio. (2015). *Construcción de las masculinidades y limitaciones a los derechos humanos de las personas de la diversidad sexual*. En: *Revista Casa de la mujer*, Vol 22 (1-2), 59-7. Disponible en: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/mujer/article/viewFile/7481/7752>



13. ONU MUJERES, ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femmicidio/feminicidio)*, México. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDelInvestigacion.pdf>
14. [ONU MUJERES, UNFPA, Organización Mundial de la Salud, PNUD, UNODC, Australian Aid, Cooperación Española, EMAKUNDE, Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia, Módulos 3 y 5.](#)
15. SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010), "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En *Estudios Constitucionales*, año 8, No. 1, 2010.
16. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad* (2013), México. Disponible en: [http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones\\_LXII/Igualdad\\_Genero/PROTOCOLO.pdf](http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf)
17. TORRES, Laura y ANTÓN , Eva (2010).- *Lo que Usted debe saber sobre Violencia de Género*. Ed. Obra Social de Caja España. León (España).
18. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2017). *Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario*. Aprobado por Acuerdo de Sala Plena No. 216/2017, Bolivia. Disponible en: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/06/PROTOCOLO-DE-ACTUACION%CC%81N-INTERCULTURAL-DE-LAS-JUEZAS-Y-JUECES.pdf>
19. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2017). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Aprobado por Acuerdo de Sala Plena No. 126/2016, Bolivia. Disponible en: [http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL\\_Optimize.pdf](http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Protocolo-de-Genero-FINAL_Optimize.pdf)