



## CHRONICLE CHRONIQUE **CRÓNICA**

### Contenidos

|                                                                                                             | <b>Page</b>                                                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Carta del Presidente: Sección Europea                                                                       | Juez honorario Joseph Moyersoen <a href="#">4</a>                                  |
| <b>Abuso infantil</b>                                                                                       |                                                                                    |
| Lucha contra la pornografía infantil: conclusiones y recomendaciones de los Países Bajos                    | Juez Relatora Corinne Dettmeijer-Vermeulen <a href="#">5</a>                       |
| Prevenir el abuso secundario de los niños víctimas durante las investigaciones previas al juicio en Malasia | Tess van der Rijt <a href="#">9</a>                                                |
| <b>Matrimonio forzado</b> Ley de protección en Inglaterra y Gales                                           | Karma Nirvana <a href="#">14</a>                                                   |
| <b>Aspectos de la paternidad</b>                                                                            |                                                                                    |
| La paternidad a la luz de los desafíos del cambio climático                                                 | Profesor Susana Sanz Caballero <a href="#">17</a>                                  |
| Cuidado personal y coparentalidad. Debates en curso en Chile                                                | Juez Gabriela Ureta <a href="#">24</a>                                             |
| La preeminencia del interés superior del niño: un caso del Tribunal Superior de Sudáfrica                   | Njongo Mgobozi <a href="#">29</a>                                                  |
| Asignación de niños al cuidado de parientes                                                                 | Juez Leonard Edwards <a href="#">34</a>                                            |
| Toxi-cour(t) en Quebec                                                                                      | Juez Michèle Lefebvre <a href="#">41</a>                                           |
| Una corte de familia que tiene "músculo"                                                                    | Derren Hayes <a href="#">43</a>                                                    |
| Centros de Contacto con los Niños en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte                                  | Ann Entwistle y Cynthia Floud <a href="#">47</a>                                   |
| Responsabilidad de los padrastros de proporcionar manutención                                               | Juez Paul Van Teeffelen <a href="#">51</a>                                         |
| <b>Medios de comunicación</b> Aspectos destacados de la Ley de Prensa en la práctica judicial polaca        | Dra. Joanna Misztal-Konecka <a href="#">58</a>                                     |
| <b>Aspectos de la justicia juvenil</b>                                                                      |                                                                                    |
| Eficacia de las prácticas restaurativas: ¿funcionan?                                                        | Ted Wachtel <a href="#">62</a>                                                     |
| Leyes, penas y cárceles: ¿Cuánto sirven para la seguridad ciudadana?                                        | Jean Schmitz <a href="#">67</a>                                                    |
| Directrices sobre acciones en favor de los niños en el sistema de justicia de África                        | The African Child Policy Forum y Defensa de Niños Internacional <a href="#">73</a> |
| Informe sobre los eventos de la ONU — participación de la AIMJF                                             | Justice Renate Winter <a href="#">80</a>                                           |
| Menores privados de su libertad — Detención como medida de último recurso                                   | Justice Renate Winter <a href="#">82</a>                                           |
| <b>Obituarios</b>                                                                                           |                                                                                    |
| André Dunant Obituario                                                                                      | 1. Jean Zermatten, Philip D. Jaffé & Michel Lachat <a href="#">84</a>              |
|                                                                                                             | 2. Justice Renate Winter <a href="#">86</a>                                        |
|                                                                                                             | 3. Juez honorario Joseph Moyersoen <a href="#">86</a>                              |
| La adopción desde una perspectiva histórica                                                                 | André Dunant <a href="#">87</a>                                                    |
| Rúbrica del Tesorera, Crónica                                                                               | Avril Calder <a href="#">91</a>                                                    |
| Espacio des Contactos                                                                                       | Anaëlle Van de Steen <a href="#">92</a>                                            |
| Consejo Ejecutivo 2010—2014 IDE Seminario Internacional                                                     | <a href="#">93</a>                                                                 |

**Abuso infantil**

Este número de la revista *Crónica* comienza con el resumen de un artículo de actualización elaborado por la Relatora nacional holandesa sobre la trata de personas, la **jueza Corinne Dettmeijer-Vermeulen\***, que es la única Relatora del mundo que dentro de sus atribuciones particulares se encarga de cubrir no sólo la trata sino también la pornografía infantil. El 6 de junio de 2012, Corinne presentó su *Informe sobre pornografía infantil* a la Representante Especial del Secretario General sobre Violencia contra la Niñez, Marta Santos Pais, en la sede de UNICEF de Nueva York, y preparó amablemente un resumen para nuestra revista.

He combinado este artículo con otro artículo sobre abuso infantil, en este caso enviado desde Malasia por **Tess van der Rijt**, abogada australiana que actuó como consultora de *Voice of the Children*, una ONG que promueve la reforma de políticas y leyes con el fin de garantizar la protección de los niños contra el abuso, la explotación y el abandono. Su artículo describe una iniciativa positiva para prevenir el abuso secundario de niños víctimas en investigaciones preliminares fomentando un entorno compasivo y sensible mientras el niño es entrevistado.

El matrimonio forzado es otra forma de abuso. Otro artículo relata la experiencia de **Karma Nirvana**, una organización benéfica de Inglaterra y Gales, luego de la promulgación de la Ley de Matrimonio Forzado (Protección Civil), en 2008.

El artículo de Natasha nos conduce a varios artículos que abordan distintos aspectos de la paternidad. El primero, aportado por la **profesora Susana Sanz Caballero** de España, analiza un aspecto muy pocas veces considerado: cambio climático y paternidad; y demuestra que hay importantes vinculaciones entre estos dos conceptos.

La **jueza Gabriela Ureta\***, miembro del Consejo Editorial, nos interioriza acerca de las dificultades que enfrentan los padres separados con problemas habitacionales. **Judy Cloete\***, jueza interina y miembro del Consejo, ofició en un caso clásico en el que uno de los padres le negaba al otro el contacto con un hijo de la pareja. Quiero agradecerle a **Njongo Mgobozi**, Investigador Legal Senior del Tribunal Superior de Western Cape por tener la amabilidad de resumirme las conclusiones de la jueza.

El **juez Len Edwards\***, juez retirado del Tribunal de Menores de California y colaborador regular de estas columnas, presenta un persuasivo texto acerca de la forma de asignar a los niños al cuidado de miembros de la familia extendida cuando sus padres no pueden asumir la responsabilidad por ellos.

**Difundir las buenas prácticas**

Hace más de una década, la preocupación acerca de los niños cuyos padres abusaban de las drogas y el alcohol inspiró al juez Edwards a crear tribunales especiales para el tratamiento de esos casos; luego, presentó una ponencia sobre esta experiencia en nuestros Congresos Mundiales de Australia (2002) y Belfast (2006). El **juez Michèle Lefebvre\*** y **Derren Hayes** nos cuentan sobre la evolución de los tribunales de familia que tratan casos de abuso de drogas y alcohol en Quebec y en Londres en base a lo antedicho. No se me ocurre otro ejemplo que demuestre con más claridad que la AIMJF difunde las buenas prácticas a lo largo de distintas jurisdicciones.

Me gusta pensar que el siguiente artículo, aportado por **Ann Entwistle** y **Cynthia Floud\*** (del Consejo Editorial), magistradas de familia retiradas, también inspirará a otros países a tomar sus ideas. Su artículo relata cómo a partir del interés de una persona, Mary Lawlor, se creó toda una red de centros de contacto con los niños en Inglaterra y Gales —conocida como la Asociación Nacional de Centros de Contacto con los Niños— administrada en parte por profesionales y en parte por voluntarios con el objetivo de proporcionar un entorno propicio y seguro para que los padres que no viven con sus niños tengan la posibilidad de contactarse con ellos.

En su artículo sobre las responsabilidades económicas de los padrastros, el **juez Paul van Teeffelen**, de los Países Bajos, explora un aspecto de importancia creciente a medida que las familias se dividen y reagrupan.

En este punto, he introducido un artículo instructivo sobre los medios de comunicación y los Tribunales de Familia aportado por la **Dra. hab. Joanna Misztal-Konecka**, de Polonia. Escuché una ponencia de la profesora en Zakopane en septiembre del año pasado y, sabiendo que sucesivos Presidentes de la División de Familia del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales han abordado el tema, le pedí que contribuyera con un artículo. Espero que esto los aliente a enviarme artículos para el número de *Crónica* de julio de 2103, que se concentrará en la relación entre los tribunales de jóvenes y familia y los medios de comunicación.

**Justicia restaurativa**

Probablemente recordarán a **Ted Wachtel**, Presidente del Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IRRP), de nuestra edición anterior. Me alegra profundamente que haya tenido la amabilidad de enviarnos un artículo sobre la eficacia de la justicia restaurativa, basado en su nuevo libro.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Este artículo y el artículo de **Jean Schmitz**, Fundador y Director del [Instituto Latinoamericano de Prácticas Restaurativas](#), sobre las prácticas restaurativas como alternativa a la privación de la libertad, proporcionan un mayor acercamiento a la justicia y las prácticas restaurativas, un área que aún se encuentra dando sus primeros pasos.

### **Desarrollos internacionales**

También es posible que recuerden de la edición anterior la Conferencia de Kampala —sobre Privación de la libertad de los niños como medida de última instancia— realizada en noviembre de 2011. El Foro Africano de Políticas sobre la Niñez y Defensa de Niñas y Niños Internacional ha redactado recientemente pautas preliminares y los invita a enviar cualquier comentario al respecto a Benoît Van Kiersbilck ([bvk@sdj.be](mailto:bvk@sdj.be)).

Nuestra Presidenta inmediatamente anterior, la **jueza Renate Winter\***, ha estado muy ocupada representándonos en las reuniones de la ONU celebradas en Viena y en Ginebra. Me enorgullece decir que durante la conferencia de la UNODC celebrada en abril de 2012, logró que se adoptara una declaración de la AIMJF sobre la prisión preventiva como parte del protocolo de la Sesión Plenaria. La misma será presentada para su consideración durante la Asamblea General a realizarse en Nueva York.

### **Pasantía**

Muchos de ustedes deben saber que desde hace poco está trabajando conmigo una joven criminóloga de Bélgica llamada Anaëlle Van de Steen. Nell no sólo me ha ayudado con la preparación de este número, sino que también ha sentado las bases para el próximo. Quiero agradecerle sinceramente su entusiasmo y su incansable interés y energía.

**André Dunant**, un ex Presidente de AIMJF y mucho más, falleció el pasado mes de marzo. Sus amigos y colegas han escrito obituarios y, como homenaje a su persona, decidí volver a publicar en este número un artículo sobre adopción que él me envió amablemente cuando yo era aprendiz de Editora en Jefe para alentarme en mis esfuerzos.

**Avril Calder**

[chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org)

Cuenta de Skype: aimjf.chronicle

## **XIX Congreso Mundial**



**Las Asociaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y el Mercosur de Sudamérica proponen que el próximo Congreso Mundial de la AIMJF, en abril de 2014, se realice en la región de las Cataratas del Iguazú.**

**El tema principal que se propone es  
“Justicia adaptada a los niños”.**

**Las fechas exactas y los temas específicos serán discutidos y presentados durante la próxima reunión del Consejo y el Comité General que se celebrará en París el 26 de octubre de 2012.**

**Carta del Presidente: Sección Europea**

**Joseph Moyersoén**



Nuestros colegas de Bélgica, los jueces Francine Biron y Françoise Mainil, organizaron una reunión especial de la Sección Europea de la AIMJF que se llevó a cabo del 19 al 21 de abril de 2012.

El **19 de abril** el Presidente de la sección europea, Daniel Pical y sus colegas, Hervé Hamon, Francine Biron y Joseph Moyersoén, se reunieron con varios representantes del Directorio General de Justicia de la Comisión Europea para promover la Sección Europea y explorar la posibilidad de obtener financiación.

En la reunión se analizaron dos opciones:

1 / Alentar a la AIMJF a presentarse a licitaciones para 'proyectos de trabajo' de la manera usual, con la posibilidad de que la Sección Europea colabore como grupo experto de jueces y magistrados, y

2 / Que la AIMJF presente proyectos sobre temas de particular interés para la Comisión Europea, por ejemplo, la capacitación de jueces europeos. En este caso existiría la posibilidad de obtener financiación (hasta 80%), destinando el monto restante (20%) a una organización educativa con la que la AIMJF trabajaría en colaboración.

El **20 de abril** se llevó a cabo un día de capacitación para magistrados y jueces en colaboración con el Instituto Belga de Formación Judicial (IJT) en su sede de Bruselas. El nombre de la conferencia fue "Justicia Juvenil desde la Perspectiva Europea".

La jornada fue presidida por Françoise Mainil y Francine Biron (Bélgica), y asistieron muchos representantes de la Sección Europea: Daniel Pical (Presidente) y Hervé Hamon (Francia), Anne-Catherine Hatt (Vicepresidente, Suiza) y Xavier Lavanchy (Suiza), Margareeth Dam (Países Bajos), Joseph Moyersoén (Italia), Beatriz Marques Borges (Portugal), Avril Calder (Reino Unido), Theresia Höynck (Alemania) y Petra Guder (Alemania), además de muchos colegas de Bélgica y Francia y numerosos abogados franceses e italianos.

Trataremos de reunir la documentación que se distribuyó porque todas las presentaciones fueron de muy alto nivel, especialmente las de Françoise Tulkens (Vicepresidente de la Corte Europea de Derechos Humanos) y la de Thierry Moreau (abogado y profesor de la Universidad Católica de Lovaina), quienes se refirieron a la jurisprudencia de la corte respecto de los derechos del niño y a las tendencias actuales en los sistemas europeos de justicia del menor.

En la conferencia se puso de manifiesto que la justicia del menor es motivo de preocupación no sólo de un país, sino de todos los países representados, subrayando una vez más los principios que dieron lugar a la creación de la Sección Europea de la AIMJF.

Sabemos que en Europa y en otros continentes las reformas nacionales están avanzando por un doble carril: por un lado mayor represión, y por otro, el desarrollo de instrumentos relacionados con la justicia restaurativa.

No obstante, mientras que las reformas puestas en práctica por los países deberían basarse en las normas que más favorecen a los niños, en muchos casos parecen estar orientadas al cumplimiento de estándares mínimos o a normas aplicables a los adultos.

Por este motivo, deberíamos proponer la implementación de estrategias para evitar abusos y errores y prevenir retrocesos, tanto a nivel europeo como a nivel nacional: la Directiva Europea sobre la repatriación de niños no acompañados es sólo un ejemplo.

También llegamos a un acuerdo sobre la importancia de tomar un enfoque proactivo en la implementación de la Convención Europea sobre Derechos Humanos en tanto favorecería un análisis independiente de cada caso y de las decisiones orientadas al interés superior del niño.

El **21 de abril** se llevó a cabo una reunión entre los miembros de la Sección Europea, también en la sede de la IJT. Se analizaron diversos temas y actualmente se está redactando un informe.

Se analizaron diferentes aspectos que partieron de un cuestionario, entre otros:

- si en diferentes países hay situaciones contrarias a una justicia apta para los niños, con un análisis de dichas situaciones;
- si un menor de 18 años puede ser tratado como un adulto, y en caso afirmativo en qué circunstancias;
- si a un adulto joven de más de 18 años se le pueden imponer medidas educativas, y
- cuestiones relacionadas con la imparcialidad de los jueces y con el juicio justo, que fueron tema de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En la reunión también se debatió sobre las pandillas juveniles y la violencia urbana presentes en diversos países europeos en diferentes formas, prestando especial atención a los instrumentos y medios que pueden aplicar las autoridades judiciales o extrajudiciales de estos países.

**Joseph Moyersoén\***

**Lucha contra la pornografía infantil: conclusiones y recomendaciones de los Países Bajos**

**Juez Relatora Corinne Dettmeijer-Vermeulen**



*El 6 de junio de 2012, Corinne Dettmeijer-Vermeulen\* (a la derecha) presentó su Primer Informe sobre Pornografía Infantil ante la Representante Especial del Secretario General sobre Violencia contra la Niñez, Marta Santos Pais, en la sede de UNICEF de Nueva York.*

**Síntesis:**

En su primer informe sobre pornografía infantil, la relatora nacional independiente de los Países Bajos concluye que las imágenes de abuso sexual de menores, como fenómeno, no se pueden considerar por separado de la violencia sexual contra los niños. Por lo tanto, separar los dos aspectos en términos políticos sería artificial. Los resultados del informe demuestran que tal escisión reduce el efecto de las intervenciones. No se puede brindar protección a los niños sólo desde un enfoque represivo. Protección significa también prevención de delitos, identificación y registro de los delincuentes y las víctimas, prestación de asistencia a víctimas y seguimiento posterior de delincuentes. Esto requiere de la cooperación y la asociación entre instituciones gubernamentales, organizaciones no-gubernamentales y organizaciones privadas.

**Lucha contra la pornografía infantil: conclusiones y recomendaciones de los Países Bajos**

*Primer informe sobre pornografía infantil de la Relatora nacional independiente acerca de la trata de personas y la violencia sexual contra menores*

*'Mi mensaje principal es que los niños tienen derecho a recibir protección contra cualquier forma de violencia sexual. Las iniciativas para desterrar la pornografía infantil deben ser parte de un enfoque integral orientado a luchar contra la violencia sexual contra menores. La conexión, la coordinación y el control son elementos esenciales de este tipo de programas'.*

*Corinne Dettmeijer-Vermeulen*

En 2009, el gobierno de los Países Bajos encomendó a la relatora nacional independiente sobre trata de personas, la Sra. Corinne Dettmeijer-Vermeulen, realizar un informe sobre las políticas y prácticas existentes en relación con las imágenes de abuso sexual de menores -o la pornografía infantil- en los Países Bajos. En 2011, los resultados fueron publicados en su *Primer Informe sobre Pornografía Infantil*. Este artículo ofrece un panorama general sobre el informe. Aborda las conclusiones principales a las que se ha arribado en relación con el fenómeno de la pornografía infantil y las recomendaciones de la relatora nacional a su gobierno. Por último, este artículo se refiere a varias iniciativas novedosas que han tenido lugar en los Países Bajos luego de publicado el informe.

### **Cinco conclusiones sobre pornografía infantil**

La relatora nacional de los Países Bajos arribó a cinco conclusiones principales luego de haber realizado una investigación sobre el fenómeno de la pornografía infantil. Estas conclusiones han conformado los principios conductores para su investigación sobre políticas y prácticas.

En primer lugar, la pornografía infantil es violencia sexual contra menores. No existe en forma aislada; siempre ocurre junto a otras conductas sexuales punibles, que van desde la prostitución infantil al tráfico de personas, del abuso a la seducción. El común denominador de estos delitos es que los niños son víctimas de violencia sexual. Desde esta perspectiva se puede concluir que el material sobre abuso de menores consiste en violencia sexual contra niños exhibida en imágenes o películas. El turismo sexual de menores es violencia sexual cometida en el extranjero. La explotación sexual de menores es violencia sexual para beneficio económico. Para que las estrategias contra la pornografía infantil sean efectivas y permitan proteger a los niños de cualquier tipo de violencia sexual, deben estar interrelacionadas con la planificación e implementación de políticas.

La segunda observación central es que la tecnología utilizada, los responsables de este tipo de delitos y las víctimas varían. El fenómeno de la pornografía infantil puede ser desglosado en estos tres elementos. El concepto de tecnología se refiere, por un lado, al soporte material utilizado y, por otro, a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) que posibilitan la producción, distribución y posesión de este tipo de material. Además, no está clara la naturaleza de los perpetradores, las víctimas y los materiales. En primer lugar, los perpetradores no conforman un grupo homogéneo en términos de conducta; algunas personas sólo miran pornografía infantil mientras otras también cometen abuso infantil. En segundo lugar, las características de las víctimas, la naturaleza del material pornográfico y las circunstancias bajo las cuales se produce el abuso difieren entre los distintos grupos de edad de las víctimas. Además, existen diferencias considerables entre la pornografía infantil comercial y los círculos amateurs en términos de perpetradores, víctimas y material. Para que las políticas y la implementación sean exitosas, deben reflejar la diversidad de los responsables, las víctimas y el tipo de material de abuso infantil utilizado.

En tercer lugar, existe violencia sexual en ambos mundos, el digital y el analógico. Actualmente, el material de abuso infantil se encuentra mayormente en formato digital.

Los desarrollos tecnológicos se suceden rápidamente uno al otro y casi siempre afectan al fenómeno de la pornografía infantil. Incluso, los fenómenos de violencia sexual en Internet están adquiriendo una importancia creciente, tales como el turismo sexual infantil y los métodos de seducción. Todos utilizamos TIC en forma intensiva en nuestra vida cotidiana; también lo hacen los potenciales perpetradores y las potenciales víctimas. Para los niños, el ciberespacio es una extensión del mundo 'real', físico; los mundos dentro y fuera de Internet convergen apaciblemente en uno. Esto significa que ambos mundos deben ser considerados en la legislación, las políticas y la implementación. Los conocimientos tecnológicos, empíricos y legales y los medios asociados deben adaptarse al ritmo del dominio digital. Las TIC presentan un desafío pero también representan oportunidades para prevenir y combatir las imágenes de abuso infantil. No obstante, todavía falta mucho por conocer. Por ejemplo, se desconoce qué proporción de víctimas de abuso sexual son también víctimas de material pornográfico infantil. Incluso, no se pueden realizar estimaciones con respecto al número de menores que se han convertido en víctimas de mensajes sexuales y otros métodos de seducción. Es por lo tanto necesario investigar estas áreas para desarrollar políticas y programas basados en la evidencia.

La cuarta conclusión es que la pornografía infantil no se ve limitada por el tiempo o el espacio. Los niños siempre han sido víctimas de abuso sexual. Los individuos han producido y visto imágenes de abuso desde que existe la fotografía. Con las tecnologías actuales, es probable que el material de abuso infantil – incluso material muy antiguo – esté disponible por un largo tiempo, que puede ser indefinido. Además, el espacio no es un factor importante. Como se indicó en la sección anterior, las TIC han sumado la nueva dimensión de Internet al fenómeno de la pornografía, que permite que los perpetradores y las víctimas se pongan en contacto directo desde cualquier lugar del mundo y en cualquier momento. Es muy probable que otros países estén enfrentando desafíos similares. En cuanto a los esfuerzos en los Países Bajos, es conveniente buscar cooperación internacional para aprender de las experiencias de otros países.

En quinto lugar, la policía sola no puede enfrentar la pornografía infantil. Se desconoce el alcance del fenómeno de la pornografía infantil – el número de perpetradores, de víctimas y la cantidad de material de abuso infantil producido. Sin embargo, se puede argumentar que el número de perpetradores y el volumen de material de abuso infantil han aumentado de tal manera que no pueden combatirse solamente con la legislación penal.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En otras palabras, existen demasiados perpetradores y demasiadas imágenes a procesar para que el sistema de justicia penal pueda combatirlos de una forma tradicional. Esto significa que debemos acordar estrategias para enfrentar la pornografía infantil, tanto dentro como fuera del proceso de justicia penal.

### **Recomendaciones**

La relatora nacional de los Países Bajos ha elaborado recomendaciones para enfrentar la pornografía infantil en forma efectiva. Hasta hace poco tiempo, el gobierno holandés se refería a la pornografía infantil como un ciberdelito. Como consecuencia de esto, la estrategia holandesa para combatirla se inclinó considerablemente por la represión vía el sistema de justicia. Si bien el marco legal es útil para determinar el fondo de la cuestión, no es la única perspectiva que puede y debe ser utilizada para abordar esta forma de violencia sexual contra los niños. Lo más importante para que las estrategias contra la pornografía infantil sean efectivas para proteger a los niños de cualquier tipo de violencia sexual es que estén interrelacionadas con la planificación e implementación de políticas.

La relatora ha realizado recomendaciones en el plano político para poder enfrentar de forma efectiva la pornografía infantil. Se debe tomar un enfoque integral para enfrentar la violencia sexual contra los niños y para que el programa de medidas para combatir la pornografía infantil esté completamente integrado. A fin de consolidar este enfoque integral y poder implementarlo es necesario contar con una buena coordinación. Por esta razón, es necesario establecer un mecanismo independiente de control que garantice la continuidad de las políticas.

A nivel práctico, la complejidad y la diversidad del fenómeno presentan desafíos considerables a la hora de prevenir y combatir la pornografía infantil. Se han formulado recomendaciones a partir del análisis de la implementación de los procesos para la prevención, el registro e identificación, la detección, el procesamiento y el juicio, el seguimiento posterior y la supervisión de los responsables de estos delitos y la prestación de asistencia a las víctimas. A continuación se enumeran brevemente.

Las medidas preventivas deberían focalizarse en las potenciales víctimas y los potenciales perpetradores y situaciones. En primer lugar, los proyectos de prevención dirigidos a niños deberían referirse explícitamente a los peligros de algunas conductas en Internet, incluyendo la pornografía infantil. En segundo lugar, es necesario elaborar un modelo de salud pública como base para una estrategia de prevención, en el que se dedique especial atención a la naturaleza de cualquier forma de violencia sexual contra los niños.

En tercer lugar, debería promoverse una línea de ayuda ¡Basta ya! para potenciales perpetradores también en canales digitales. Por último, la prevención situacional se debe ampliar para incluir a todos los sectores involucrados el trabajo con menores.

La identificación y registro de la pornografía infantil puede mejorar si se invierte en la capacitación de profesionales para detectar los indicios digitales de violencia sexual contra los niños. Esto mejorará sucesivamente el registro de casos de pornografía infantil por parte de las instituciones que brindan asistencia, incluyendo los Centros de Orientación y Denuncia de Abuso Infantil. Además, deben continuar las campañas públicas de concientización sobre abuso infantil, incluyendo los indicios digitales de violencia sexual contra menores. Por último, la identificación de los responsables y del material a través de alianzas entre el sector público y el privado, por ejemplo, la cooperación con los proveedores de servicios de Internet, brinda nuevas oportunidades y debe por lo tanto intensificarse.

En relación a la investigación, el procesamiento y el juicio, debe combinarse la detección orientada al delincuente y la detección orientada a la víctima dentro de una única unidad policial nacional. La integración de la investigación y el procesamiento puede mejorar aún más incorporando la pornografía infantil dentro de las atribuciones de la Oficina de la Fiscalía Pública Nacional. Además, siempre se deben investigar las redes de delincuentes y confiscar los medios de almacenamiento de datos de los sospechosos de abuso sexual. También se debe explorar la posibilidad de realizar acuerdos relacionados con las limitaciones a la recepción de propuestas internacionales de investigaciones policiales; la eficacia de la detección debe ser transparente en el registro de las víctimas identificadas; y se debe investigar la posibilidad de ampliar las disposiciones legales para las víctimas (in)directas, tales como el derecho a hablar, a recibir compensación y al anonimato.

En relación con el seguimiento posterior y la supervisión de delincuentes sexuales, en los Países Bajos se debe explorar la posibilidad de ejercer un control central para la supervisión de casos en forma individual, como en el Reino Unido. El mismo concepto es aplicable a la posibilidad de un marco de políticas nacionales y un centro especializado para la supervisión y el seguimiento posterior de los delincuentes sexuales convictos. En consecuencia, deben mejorar los instrumentos de evaluación de riesgos, por ejemplo la distinción entre los que ven material de abuso infantil y los delincuentes involucrados en la producción de pornografía infantil, los que registran datos digitales.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Se deben diseñar intervenciones de baja intensidad para espectadores de material de abuso infantil de bajo riesgo.

La principal recomendación de la relatora sobre asistencia a las víctimas es generar conocimientos sobre las víctimas de pornografía infantil y elaborar un paquete de asistencia que aborde las consecuencias de la existencia, distribución y posesión de material visual de abuso sexual.

Por último, se deben proteger las alianzas entre el sector público y el privado dentro de una plataforma y dichas alianzas deben estar orientadas a la optimización de las comunicaciones y la articulación de las regulaciones.

### **Avances recientes en los Países Bajos**

La relatora presentó estas conclusiones y recomendaciones en los Países Bajos al Ministro de Seguridad y Justicia Holandés y al Secretario de Estado de Salud, Bienestar y Deportes, tras lo cual el informe se debatió en el Parlamento. En parte como resultado de sus conclusiones se han realizado varios avances positivos con carácter prioritario. A continuación se describen los avances más importantes que tuvieron lugar en el primer semestre de 2012.

Sin duda, la medida más importante es implementar la recomendación de la relatora referida a elaborar un programa integral de medidas para enfrentar la pornografía infantil. El Ministro de Seguridad y Justicia y el Secretario de Estado de Salud, Bienestar y Deportes han aceptado la responsabilidad conjunta sobre esta cuestión. Al hacerlo, el gobierno demostró su compromiso con las obligaciones que surgen de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de su Protocolo Facultativo, y de la Convención de Lanzarote. Un Grupo de Trabajo sobre Maltrato de Niños y Abuso Sexual, que todavía debe ser creado, coordinará la aplicación de la política.

Los cambios más significativos se han producido con relación a la comprensión del problema por parte de los responsables de brindar asistencia a las víctimas, tomando más conciencia de que el ciberespacio es un escenario relativamente nuevo para el abuso sexual que agrega una nueva dimensión a la victimización. Además, se está instalando la idea de que Internet presenta una nueva oportunidad para combatir la violencia sexual.

En febrero de 2012 se puso en funcionamiento un botón de denuncias por Internet, a través del cual los niños pueden encontrar ayuda y orientación en caso de atravesar experiencias negativas en el entorno de Internet.

Se han llevado a cabo iniciativas no sólo para identificar a las potenciales víctimas, sino también para identificar a los potenciales perpetradores. En este sentido, el programa ¡Basta ya!, orientado a los victimarios, que fue lanzado en abril de 2012, ayudará a impedir que los niños sean sometidos a violencia sexual. En lo que respecta a detectar a los perpetradores, ha aumentado sustancialmente la cantidad de herramientas disponibles para combatir la pornografía infantil. El Programa de Mejoras para enfrentar la Pornografía Infantil de la Agencia de Servicios de la Policía Nacional, que ya se ha puesto en funcionamiento, ha permitido contar con un método de trabajo mejor articulado para desarrollar dentro de un plazo breve. Una nueva unidad nacional de gran escala contra la pornografía infantil trabajará en colaboración con la Unidad Nacional de Alta Tecnología para Combatir el Delito (High Tech Crime Unit) y también con unidades regionales de policía que se ocuparán de los distintos tipos de violencia sexual analógica contra los niños. Las tareas de detección estarán orientadas a rescatar a las víctimas y a identificar a los perpetradores que producen este tipo de materiales. Los resultados de un proyecto destinado a emplear intervenciones no judiciales para delincuentes de bajo riesgo – los que sólo miran pornografía infantil esporádicamente – han sido positivos. Por lo tanto, este proyecto también se implementará a escala nacional.

En el procesamiento de sospechosos, la posibilidad de garantizar el anonimato de las víctimas en acciones penales es un avance positivo, al igual que la ampliación del derecho a hablar, que permite incluir a los padres en los casos en que los niños muy pequeños no pueden hablar por sí mismos. También se están poniendo en práctica medidas al final del proceso judicial – orientadas a la reinserción de los perpetradores condenados, incluyendo la expansión del proyecto COSA, que consiste en un período de libertad condicional y seguimientos posteriores y la investigación de posibilidades de supervisión de largo plazo o de por el vida de delincuentes sexuales de alto riesgo condenados.

**Corinne Dettmeijer-Vermeulen\*** es la Relatora nacional de los Países Bajos.

## Prevenir el abuso secundario. Reseña del tratamiento de los niños víctimas durante las investigaciones previas al juicio en Malasia

Tess van der Rijt



### Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los Estados Parte deben tomar todas las medidas adecuadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los niños víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso. Dicha recuperación y reintegración deben realizarse en un entorno que fomente la salud, el autorespeto y la dignidad del niño<sup>1</sup>. Malasia ratificó la CDN en 1995, aunque con varias reservas<sup>2</sup>.

Luego de que se ha cometido un abuso contra un niño, pueden presentarse problemas con la justicia penal, el sistema de salud y el seguro social, dado que éstos pueden tener un efecto tan devastador sobre los niños y sus familias que pueden dejarles el sentimiento de que el “remedio” es mucho peor que el problema original<sup>3</sup>.

Los trabajadores sociales y otros funcionarios, como la policía y el poder judicial, juegan un rol muy importante para la reconstrucción de la vida de los niños víctimas. La rehabilitación exitosa de estas víctimas depende en gran medida del grado de sensibilidad y el nivel de comprensión que tienen los profesionales los tratan al abordar sus problemas<sup>4</sup>.

Este artículo describe una iniciativa positiva impulsada en Malasia que apunta a lograr el cumplimiento efectivo de sus obligaciones bajo la CDN. Su objetivo es prevenir el abuso secundario de niños víctimas fomentando un entorno sensible en el que se brinde ayuda a los niños que están transitando procesos de investigación. Este artículo pone el foco en las investigaciones previas a juicio llevadas a cabo por la Policía Real de Malasia.

### La Policía Real de Malasia y los niños víctimas

La división de delitos sexuales, violencia doméstica y abuso infantil (D11) de la Policía Real de Malasia fue creada para investigar y trabajar con mujeres y niños víctimas de ataques violentos y abuso. Su objetivo consiste en garantizar que los niños víctimas no sean sometidos nuevamente a abusos y que tengan las mejores posibilidades de recuperación. La división opera centros de atención a las víctimas, centros de entrevistas con los niños y el sistema de alerta Respuesta Urgente Nacional (National Urgent Response o NUR), ideado para ubicar a niños desaparecidos. La unidad D11 se creó el 15 de mayo de 2007, a pesar de que la unidad D9(b) cumplía un rol similar desde 1986, pero con funciones más limitadas<sup>5</sup>. La unidad D11 se creó después de que se registrara una cantidad alarmante de denuncias de niños desaparecidos en el país, muchos de los cuales fueron encontrados luego de haber padecido abusos y en algunos casos la muerte<sup>6</sup>. Entre enero de 2004 y mayo de 2007, se denunció la desaparición de 6270 niños según las estadísticas policiales<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> El artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño se presentó para su ratificación el 20 de noviembre de 1989 (entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990).

<sup>2</sup> El gobierno de Malasia mantiene reservas respecto del artículo 2 sobre la no discriminación; el artículo 7 sobre nombre y nacionalidad; el artículo 14 sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión; el artículo 28(1)(a) sobre educación libre y obligatoria en el nivel primario y el artículo 37 sobre tortura y privación de la libertad. Desde la ratificación, el gobierno de Malasia ha retirado sus reservas a los artículos 1, 13 y 15 de la CDN.

<sup>3</sup> MacFarlane, Kee. (1978) “Sexual Abuse of Children” en *The Victimisation of Women*, editado por J. Chapman and Ms. Gates. Beverly Hills, CA: Sage, 81; citado en Kinnear, Karen

L. (2007) *Childhood Sexual Abuse: A reference handbook*, second edition. ABC-CLIO, California, p22.

<sup>4</sup> Department of Women and Child Development (India) & UNICEF “Manual for Social Workers Dealing with Child Victims of Trafficking and Commercial Sexual Exploitation”.

<sup>5</sup> Entrevista con el Superintendente Ong Chin Lan, de la Policía Real de Malasia. 21 de marzo de 2012, Kuala Lumpur, Malasia.

<sup>6</sup> Loh, Joseph “Police keep cases open”, *The Star Online*, 23 de septiembre de 2007, [haga clic aquí](#).

<sup>7</sup> Loh, Joseph “Police keep cases open”, *The Star Online*, 23 de septiembre de 2007, [haga clic aquí](#).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Un informe de la Comisión Real sobre Gestión y Administración de la Policía Real de Malasia determinó que, en virtud de las disposiciones de la CDN y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y en vista de la gran cantidad de desapariciones de niños y las numerosas dificultades para llevar adelante investigaciones al respecto, la Policía Real de Malasia debía organizar una división independiente para abordar específicamente los casos de mujeres y niños víctimas de abuso, ataques violentos y abandono. La Oficina del Alto Comisionado Británico para Malasia fundó la D11 y le proporcionó personal profesional internacional para la capacitación del personal malasio. La división D11 opera bajo los estándares MS ISO y es formalmente auditada y monitoreada anualmente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>8</sup>.

Hay 33 oficiales de la unidad D11 en Bukit Aman, la sede principal de la división en Kuala Lumpur, de los cuales son todos mujeres menos dos. En Bukit Aman operan tres unidades especializadas: la Unidad de Niños, la Unidad de Violencia Doméstica y la Unidad de Delitos Sexuales. La Unidad de Niños se dedica a los casos de bebés abandonados, abuso (físico, sexual y psicológico), trata de bebés y niños desaparecidos. Las funciones principales de los oficiales de la división D11 son: rescatar a las víctimas y apoyarlas para que accedan a un entorno seguro; investigar todas las denuncias de abuso y abandono infantil; y tomar declaraciones y preparar las pruebas para el Fiscal Sustituto de la Nación (DPP)<sup>9</sup>. La policía se rige por la Ley del Niño de Malasia<sup>10</sup> para trabajar en colaboración con otros actores principales, incluyendo al JKM<sup>11</sup>, el Ministro de Salud y otras personas relevantes en el campo de la medicina<sup>12</sup>.

Los oficiales de la división D11 afirman que tienen una relación de trabajo positiva y eficaz con otros actores relevantes<sup>13</sup>.

Actualmente, hay 700 oficiales de la división D11 en todo el país y hay por lo menos un Centro de Atención a las Víctimas en cada uno de los 13 estados de Malasia. Lamentablemente, aún hay problemas con el acceso a los centros para personas que viven en áreas remotas de Malasia. Mientras que las áreas urbanas tienen excelente cobertura para responder a las denuncias de abuso contra niños, las áreas remotas (más notablemente los estados de Sabah y Sarawak en Malasia del Este) tienen grandes falencias en los servicios, especialmente en términos de personal capacitado de la división D11 disponible para llevar a cabo investigaciones especializadas<sup>14</sup>. Como resultado, la investigación y el procesamiento judicial es a menudo imposible: por ejemplo, para el momento en que un oficial de policía logra responder, gran parte de la prueba de ADN se ha tornado inutilizable o ha sido eliminada. Además, en regiones muy remotas e inaccesibles, puede ser directamente imposible ubicar a las diversas partes (víctima, testigos, agresor, etc.) relevantes en el caso<sup>15</sup>. También hay que tener en cuenta que Malasia es una nación con mucha diversidad cultural y en consecuencia se habla una gran cantidad de idiomas y dialectos que hacen que la investigación de los casos sea más difícil, especialmente en Sabah y Sarawak. No obstante, la división D11 ha respondido a este obstáculo idiomático tratando de garantizar que el personal de la división tenga como mínimo un nivel básico de todos los idiomas<sup>16</sup>.

### **Capacitación del personal de la división D11**

Todos los oficiales de policía que trabajan en la división D11 realizan capacitación en servicio durante dos semanas, de 2 a 3 veces por año<sup>17</sup>. Durante estas capacitaciones, se les enseñan a los oficiales los elementos principales de los casos de abuso y violencia sexual y cómo reconocer síntomas de éstos. Varios sectores y organizaciones de la sociedad están involucrados en la capacitación, incluso la oficina del Procurador General, personalidades académicas y representantes de organizaciones no gubernamentales malasias<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> MS ISO se refiere a normas escritas que describen pautas y requisitos básicos para los sistemas de gestión de calidad. Estas normas presentan un sistema de trabajo organizado basado en los requisitos internacionales. Las normas MS ISO o las Normas de Malasia son elaboradas por Comités de Elaboración de Normas (Standards Development Committees o SDC) dentro del Sistema de Elaboración de Normas de Malasia, y son aprobadas de acuerdo con la Ley de Normas de Malasia de 1996 (Ley 549). La Guía ISO/IEC 59 – Código de buenas prácticas para normalización – y el Anexo 3 del Acuerdo OMC/OTC actúan como principios guía en la elaboración de normas en Malasia. Citado en UNICEF & Child Frontiers, *Child Protection System in Malaysia: An Analysis of the System for Prevention and Response to Abuse, Violence & Exploitation against Children*, enero de 2010, p39.

<sup>9</sup> UNICEF & Child Frontiers, enero de 2010; op cit, p40.

<sup>10</sup> *Child Act* 2001, Act 611, 15 febrero de 2001.

<sup>11</sup> Jabatan Kebajikan Masyarakat (Departamento de Bienestar Social).

<sup>12</sup> UNICEF & Child Frontiers, enero de 2010; op cit, p40.

<sup>13</sup> Entrevista con el Superintendente Ong Chin Lan; op cit.

<sup>14</sup> UNICEF & Child Frontiers, January 2010; op cit, p75.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Entrevista con el Superintendente Ong Chin Lan; op cit.

<sup>18</sup> Una de estas organizaciones es la Organización para la Protección de los Niños y las Mujeres (*Protect and Save the Children and the Women's Aid Organisation*); Ibid.

Con respecto a la capacitación, hay algunas cuestiones que deben ser señaladas. Dado que la capacitación sólo se realiza de 2 a 3 veces por año (e incluso hay informes que indican que en años recientes este número ha sido aun menor), muchos oficiales trabajan en la división D11 durante meses antes de recibir algún tipo de capacitación especializada. Además, muchos oficiales son trasladados a otra división antes de haber completado su capacitación. Se ha recomendado forjar vínculos más estrechos entre la 'Sección de Servicios y Asignación de Puestos' del Departamento de Recursos Humanos y el Área de Capacitación de la Policía para garantizar que los oficiales que han recibido capacitaciones especializadas sean mantenidos en la división el tiempo suficiente como para poner en práctica las habilidades adquiridas<sup>19</sup>. También se debe posibilitar el ascenso dentro de la división D11, ya que a menudo los oficiales son trasladados hacia afuera de la división D11 después de un ascenso. Esto también genera que los oficiales más jóvenes cuenten con pocos mentores dentro de la división que puedan asesorarlos para mejorar su desempeño y recibir capacitación adicional por la vía informal.

### **Víctimas y división D11**

Las víctimas pueden acudir directamente a los Centros de Atención a las Víctimas de la división D11. Estos centros proporcionan un entorno muy acogedor, con cómodos sillones y flores a la vista. Cuentan con una sala de juegos con juguetes blandos y libros para que los niños se sientan cómodos y tranquilos, una sala cerrada para entrevistas privadas y una sala con camas para aquellos que necesiten descansar si han viajado desde lejos. Todos estos factores apuntan a reducir el miedo de las víctimas y prevenir el abuso secundario haciéndolos sentir seguros y relajados.

El trabajo de la división D11 está focalizado en la víctima. Los oficiales tienen la tarea de garantizar que las víctimas no sean interrogadas para los fines probatorios de la investigación y luego sean dejadas solas; los oficiales de la división D11 deben garantizar que la víctima reciba apoyo legal, médico y emocional. Si la víctima debe actuar como testigo en un proceso judicial, un oficial de bienestar social de la división D11 actuará como su persona de apoyo en el juicio. En estos casos, la víctima será llevada al tribunal antes de la fecha del juicio para que conozca el entorno en el que se desarrollará el proceso y se sienta lo más cómoda posible en una situación que de otro modo resultaría desalentadora.

Los oficiales de la división D11 sostienen que esto no sólo hace sentir más seguros a los testigos, sino que las víctimas también logran proporcionar pruebas de mayor calidad<sup>20</sup>. Los oficiales de la división D11 explican que el problema principal con el proceso es que, para poder tomar una decisión sobre el caso, el DPP exige evaluaciones médicas de la víctima. Al hospital le puede llevar meses completar estas evaluaciones médicas<sup>21</sup>. Como los agresores sólo pueden ser detenidos durante catorce días, en muchas ocasiones son liberados y luego, a veces, desaparecen. Ésta es una situación particularmente angustiante para la víctima.

### **Centros de entrevistas con los niños**

Además de los Centros de Atención a las Víctimas, la D11 también cuenta con Centros de Entrevistas con los Niños, en los que se pre-registran las declaraciones de los niños que se ofrecerán como prueba para el interrogatorio principal del juicio. En Malasia hay seis centros de entrevistas: la sede principal de Bukit Aman (Kuala Lumpur) y otros cinco centros diseminados a lo largo de la Península de Malasia, pero ninguna en los estados de Sabah o Sarawak. El primer centro en Kuala Lumpur también fue puesto en marcha por el Alto Comisionado Británico, que no sólo proporcionó las máquinas de grabación y los fondos para el edificio, sino también los conocimientos técnicos necesarios. El centro de Kuala Lumpur realiza de dos a tres entrevistas por día, cuatro días a la semana. El quinto día de la semana se reserva para la transcripción de entrevistas. Todos los oficiales que trabajan en el centro han completado un Curso de Investigación sobre Violencia, que es organizado por la división D11 e incluye oradores de organizaciones no gubernamentales locales y de SUHAKAM (la Comisión de Derechos Humanos de Malasia)<sup>22</sup>. También hay expertos internacionales invitados que les enseñan a los oficiales técnicas específicas para entrevistar a los niños.

Los oficiales de la división D11 explicaron que puede ser muy difícil entrevistar a niños testigos, ya que algunos tienen apenas cuatro años de edad. Por lo tanto, cuando el niño es llevado al centro de entrevistas, inicialmente se pasa algún tiempo jugando con él en una sala de juegos grande y abierta. La sala está pintada con colores brillantes y cuenta con luz natural y muchos juguetes. El entrevistador dedica algún tiempo a realizar una 'terapia de juego' con el niño a fines de elaborar un informe con el niño y tratar de hacerlo sentir relajado en ese ambiente desconocido. Una vez que el niño se siente

<sup>20</sup> Entrevista con el Superintendente Ong Chin Lan; op cit.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Algunas de estas organizaciones son Protect and Save the Children, Tenaganita y UNICEF Malasia; Ibid.

<sup>19</sup> UNICEF & Child Frontiers, enero de 2010; op cit, p75.

cómodo, es llevado a la sala técnica, en la que el mismo oficial le pide que relate los hechos tal como los recuerda. La sala cuenta con micrófonos y cámaras colocados discretamente, que son operados por otro oficial que se encuentra en otra sala. De esa manera, la grabación se puede controlar y monitorear sin que haya un extraño presente en la sala. El oficial le explica al niño distintas formas en las que puede describir los hechos: puede hablar, puede dibujar lo que sucedió o puede hacer una representación con muñecos anatómicos. Los muñecos disponibles son un hombre adulto, una mujer adulta, un niño y una niña, todos anatómicamente correctos, y el niño puede utilizarlos para mostrar lo que ocurrió. Luego de grabar la entrevista, el niño es derivado a un psiquiatra.

Aunque las técnicas y los métodos de entrevista utilizados en la división D11 son eficientes, se podrían mejorar garantizando una mayor comunicación y colaboración entre los oficiales. El 'oficial de rescate' inicial es la primera persona que entrevista a la víctima, por lo tanto, siempre debería informar a los oficiales que continúan la investigación después de él respecto de los hechos del caso tal como fueron descriptos por la víctima. Esto garantizaría que los interrogatorios subsiguientes sean eficaces, que no se hagan preguntas innecesarias y que la víctima no tenga la necesidad de revivir los hechos una y otra vez.

### **Sistema de alerta NUR**

El sistema de alerta NUR es otra iniciativa impulsada por la división D11 que apunta a proteger a los niños. El objetivo principal del sistema NUR es encontrar niños desaparecidos y está basado en el exitoso sistema de alerta Amber de los Estados Unidos. Una vez que la división D11 recibe la denuncia de desaparición de un niño y adquiere el permiso de los padres para difundir la imagen y la información del niño, se envían los detalles del niño al grupo de trabajo del sistema de alerta NUR, conformado por 31 agencias, que incluyen hospitales, bancos, sistemas de transporte, aduana, y oficinas de inmigración marítima y de aeropuerto. Los oficiales de la división D11 sostienen que el mayor desafío del sistema de alerta NUR es superar las dificultades de comunicación. Los escáners y la conexión de internet a veces son muy lentos, especialmente en áreas como Sabah y Sarawak. Por esa razón, a veces resulta imposible para los oficiales de esas regiones descargar la foto del niño y la información correspondiente, lo que limita la difusión de los datos de niños desaparecidos.

También se han planteado problemas del sistema de alerta NUR fuera de la división D11. Se ha informado que desde que se creó el sistema NUR a fines de 2010, sólo se utilizó en los casos de cinco niños desaparecidos<sup>23</sup>.

Dos de esos niños fueron recuperados exitosamente en Penang el año pasado, uno fue encontrado muerto por incineración y los otros dos continúan desaparecidos. Hamidah Yunis, Director de la división D11 y Comisionado Adjunto de la Policía Real de Malasia dijo que al recibir una denuncia de desaparición de un niño, la policía debe esperar 24 horas para confirmar que no se trata de un secuestro extorsivo, ya que difundir información en esos casos puede poner en riesgo la vida del niño<sup>24</sup>. Sin embargo, en el caso de dos niños desaparecidos, pasaron 8 días desde la denuncia antes de que se activara el sistema de alerta NUR. Yunis explicó que aunque la alerta pública puede tener alguna demora, al recibir denuncias de desaparición de niños, se difunde una alerta interna inmediata a toda la fuerza policial del país. Lamentablemente, en marzo de este año, un niño desaparecido fue llevado a una estación de policía, y lo cierto es que ninguno de los oficiales de policía presentes estaba al tanto de que más temprano ese mismo día se había denunciado la desaparición de ese niño en otra estación de policía<sup>25</sup>.

Existen otros problemas vinculados con el sistema de alerta NUR porque, al parecer, no cuenta con ningún procedimiento operativo estándar. La división D11 sólo es el centro focal que activa la alerta del sistema NUR para poner en marcha al grupo de trabajo, y la alerta sólo se activa por orden de los oficiales de investigación<sup>26</sup>. En ese punto, la división D11 envía un email a los miembros del grupo de trabajo, que no cuentan con ningún asesoramiento u orientación sobre cuál es la mejor forma de difundir la información. En algunos casos, la persona de contacto de una agencia del grupo de trabajo ya no trabaja para dicha agencia y sigue figurando como tal porque no se le ha transmitido a la división D11 la información de su reemplazante<sup>27</sup>. De esta manera, la organización nunca recibe el email y no se publica la información del niño desaparecido.

---

<sup>23</sup> Choe Choe Tan, "Troubling questions over alert system" *New Straits Times*, 18 de marzo de 2012, [haga clic aquí](#).

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> P. Uthaya Malar, "NUR Alert: Lets look at other systems to improve it" *New Straits Times*, 25 de marzo de 2012, [haga clic aquí](#).

<sup>27</sup> Ibid.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La creación de un procedimiento operativo estándar para el sistema de alerta NUR sería muy bienvenida, ya que serviría para minimizar las demoras y garantizar que se difunda la información de los niños desaparecidos en la forma más rápida y eficiente posible.

### **Conclusión**

La creación de la división D11 es una medida positiva que apunta a cumplir las obligaciones de Malasia en virtud de la CDN para garantizar la mayor recuperación psicológica de los niños víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso. Los centros para niños víctimas y los centros de entrevistas con los niños trabajan para garantizar que las investigaciones previas al juicio se manejen en forma sensible, que se brinde apoyo a los niños y se logre recabar la mayor cantidad de pruebas posibles con el menor impacto posible en el niño. Lamentablemente, al momento de esta publicación, no había ningún indicador o ninguna evaluación interna sobre el desempeño de la división D11. Aunque se deben implementar mejoras en la capacitación de los oficiales de la división D11, los procedimientos de entrevista y la operación efectiva del sistema de alerta NUR la unidad especializada de policía D11 son pasos positivos hacia un mayor respeto y reconocimiento de los derechos de los niños de Malasia.

**Tess van der Rijt** es una abogada australiana que ha colaborado con Voice of the Children, una organización no gubernamental de Malasia que promueve la reforma de políticas y leyes con el fin de garantizar la protección de los niños contra el abuso, la explotación y el abandono.



[www.voc.org.my](http://www.voc.org.my)

### **Fuentes**

- *Child Act* 2001, Act 611, 15 February 2001.
- Convención de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de Noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de Septiembre de 1990.
- Department of Women and Child Development (India) & UNICEF “Manual for Social Workers Dealing with Child Victims of Trafficking and Commercial Sexual Exploitation”.
- “Division has new task – find missing persons”, *The Star Online*, 23 de septiembre de 2007, [haga clic aquí](#).
- Entrevista con Superintendente Ong Chin Lan, Royal Malaysian Police, 21 de marzo de 2012, Kuala Lumpur, Malaysia.
- Loh, Joseph “Police keep cases open”, *The Star Online*, 23 de septiembre de 2007, [haga clic aquí](#).
- MacFarlane, Kee. (1978) “Sexual Abuse of Children” en *The Victimisation of Women*, edited by J. Chapman and Ms. Gates. Beverly Hills, CA: Sage, 81; citado en Kinnear, Karen L. (2007) *Childhood Sexual Abuse: A reference handbook, second edition*. ABC-CLIO, California.
- P. Uthaya Malar, “NUR Alert: Lets look at other systems to improve it” *New Straits Times*, 25 de marzo de 2012, [haga clic aquí](#).
- Tan, Choe Choe, “Troubling questions over alert system” *New Straits Times*, 18 de marzo de 2012, [haga clic aquí](#).
- UNICEF & Child Frontiers, *Child Protection System in Malaysia: An Analysis of the System for Prevention and Response to Abuse, Violence & Exploitation against Children*, enero de 2010.
- UNICEF & Child Frontiers, *The Malaysian Juvenile Justice System: A Study of Mechanisms for Handling Children in Conflict with the Law*, julio de 2010.

## Matrimonios forzados en Inglaterra y Gales

Anup Manota y  
Judy Barber



JASVINDER SANGHERA Photo ©GSR Photographic

*Fundadora de Karma Nirvana*

El Primer Ministro británico David Cameron anunció recientemente que se tipificará a la figura del matrimonio forzado como delito penal. Con toda razón se refirió al matrimonio forzado como “prácticamente una forma de esclavitud”. Dijo, “Durante demasiado tiempo hemos pensado que debemos aceptarla por tratarse de una práctica cultural”. La ONG Karma Nirvana se ocupa de los matrimonios forzados desde hace más de 15 años y su fundadora, Jasvinder Sanghera es una experta en este campo por haber escapado de un matrimonio forzado a los 15 años.

La verdadera causa de esta gravosa tradición parte de creencias basadas en el honor. Al igual que con la violencia doméstica, se ha hecho referencia a las cuestiones relacionadas con el honor como Maltrato Basado en el Honor, que generalmente comprende a más de un perpetrador en casos de Matrimonio Forzado o de Homicidios por casos de Honor, las causas raíz siempre comenzarán por Maltrato Basado en el Honor.

### Crear conciencia

En Karma Nirvana llevamos a cabo eventos de concientización para profesionales, orientados a capacitarlos para identificar a potenciales víctimas. Es frecuente el caso de niñas adolescentes que tienen un novio al que la familia no aprueba o que la familia o los padres consideran que el hijo o la hija se están occidentalizando demasiado, y para controlar y castigar a estos individuos deciden forzarlos a casarse con una persona elegida por la familia.

Ahora en Karma Nirvana estamos trabajando activamente con el mensaje de que las leyes deben comunicar claramente que este tipo de prácticas no será tolerado en el Reino Unido en el siglo XXI. En todo el mundo, incluyendo el Reino Unido, se ha forzado a niñas de hasta 5 años de edad a contraer matrimonio. Con frecuencia las víctimas son presas de engaños, y en otros casos se las somete a coerción física. Cuando son sometidas el abuso es enorme. Después de robarles la niñez, y muchas veces el derecho a la educación, muchas jóvenes son violadas, golpeadas y mantenidas prisioneras en su propio hogar. El daño se profundiza por el hecho de que es su propia familia la que está detrás de este abuso.

### Medidas gubernamentales

El gobierno de Gran Bretaña está siguiendo los pasos de Noruega, Dinamarca, Alemania, Austria, Malta, Bélgica y Chipre en la penalización de los matrimonios forzados. En muchos de estos países el gobierno ha registrado un 50% de aumento en la denuncia de casos.

En 2008 se aplicó la Orden de Protección contra Matrimonios Forzados (FMPO) sólo como sanción civil<sup>1</sup>. Esta orden es impartida por un juez de una Corte de Condado y tiene el objetivo de cambiar la conducta de una persona que esté tratando de forzar a una víctima al matrimonio. Contiene condiciones legalmente vinculantes referidas a su conducta y si desobedecen la orden pueden ser encarcelados con penas de hasta diez años. Cada Orden de Protección contra un Matrimonio Forzado es única y es diseñada con el objeto de proteger a cada persona de acuerdo con su circunstancia. Por ejemplo, la corte puede ordenar a una persona o a varias personas que entreguen el pasaporte de un tercero o que revelen dónde está. En una emergencia se puede impartir una orden inmediata de protección de una persona.

### Control

Las Órdenes de Protección contra los Matrimonios Forzados fueron introducidas por la Ley contra Matrimonios Forzados (Protección Civil) el 25 de noviembre de 2008. En nuestra opinión, las FMPO constituyen un paso positivo hacia la protección de las víctimas. No obstante, a menos que sean cuidadosamente controladas, tienen el potencial de causar más daño que reparación.

<sup>1</sup> Las solicitudes de FMPO actualmente son tramitadas ante la Corte Superior (High Court) y 15 cortes de condados designadas especialmente (incluyendo el Registro Principal de la División de Familia de Londres).

Un punto clave es que pueden ser impartidas respecto de víctimas que se han ido de su casa o víctimas que aún se encuentran en su hogar con los perpetradores.

### **Control en el hogar**

Esta segunda posibilidad es la que requiere un control particularmente estricto. Obviamente, si los perpetradores están decididos a cometer abusos, un papel con una orden judicial no ofrecerá mucha protección si no hay nadie que la haga cumplir.

En Karma Nirvana nos hemos encontrado con casos en los que se imparte la FMPO y luego la víctima regresa al hogar familiar (por ej. el hogar de la persona o personas que estaban tratando de forzarla al matrimonio) y luego simplemente la dejaron sola, sin apoyo de las agencias externas. En este momento generalmente se somete a la víctima a mucha presión (en forma de chantaje emocional, violencia física, amenazas o manipulación) para pedir la revocación de la orden. Las familias frecuentemente convencen a la víctima de que sus intenciones han cambiado y que ya no existe la necesidad de tener una orden vigente. Por esta razón es de vital importancia que la víctima sea visitada regularmente, sola y lejos del hogar familiar en un entorno neutral, donde se pueda sentir lo suficientemente segura como para revelar si se está cumpliendo con los términos de la orden. Resulta evidente que si la víctima se pone en contacto con la corte solicitando que se revoque la orden es necesario entrevistarla sola y determinar si su deseo es genuino y no está actuando bajo coacción. En esta situación recomendamos permitir o alentar a la víctima a hablar con una organización de expertos, como Karma Nirvana, para permitir que ellos evalúen las posibles implicancias de la revocación de la orden. Es necesario poner en práctica planes de seguridad para el momento de extinción de la orden.

### **Controles lejos del hogar**

Si la víctima se ha escapado de su hogar sigue siendo necesario ejercer un estricto control y medidas de apoyo. Frecuentemente vemos víctimas que regresan con los perpetradores por problemas de aislamiento, culpa y profunda soledad. Por este motivo es esencial que se ponga en práctica un meticuloso plan de apoyo en el que colaboren organismos como los de protección de refugiados, de trabajo social, la policía u organizaciones especializadas como Karma Nirvana. También hay diferentes aspectos de seguridad que se deben tomar en cuenta; si una víctima se ha escapado de su hogar y los abusadores no conocen su paradero, sería conveniente solicitar una FMPO de una corte de una jurisdicción diferente de la jurisdicción original de la víctima.

### **Criminalización**

A principios de este año el Ministerio del Interior (*Home Office*) anunció una Consulta Nacional preguntando si los matrimonios forzados debían ser penalizados. Se abrió la consulta al público general y a organizaciones como Karma Nirvana. En Karma Nirvana sabíamos que un informe no era información suficiente para un tema tan caro a nuestros corazones. Llevamos a cabo una consulta nacional usando una tarjeta postal<sup>2</sup> que implicó viajar por todo el Reino Unido para obtener consenso público sobre el matrimonio forzado. Durante la consulta a través de la postal, Karma Nirvana logró obtener 2.512 opiniones de las comunidades de toda Inglaterra, Escocia y Gales. A partir de esta consulta con el público pudimos identificar que 96% era partidario de la penalización de los matrimonios forzados.

Muchas víctimas aún le están manifestando a Karma Nirvana que no se sienten apoyadas por la ley, que hace falta algo más. Con sólo una pena de prisión dictada desde la introducción de las FMPO, sentimos que esta medida no está enviando un mensaje suficientemente disuasivo a los perpetradores.

### **Estadísticas**

La Unidad de Matrimonios Forzados del gobierno británico atendió 8.000 casos el año pasado, 2011. Karma Nirvana recibe más de 500 llamadas por mes de británicos a través de su línea de ayuda. Apoyamos al Primer Ministro que dice que es necesario fortalecer las leyes para penalizar estos delitos. Algunos sostienen que tipificar al matrimonio forzado como delito hará que se comience a ocultar la práctica. En Gran Bretaña entendemos que estamos viendo la punta del iceberg, rescatando sólo a algunas de las víctimas; debajo del iceberg hay muchos miles que no están recibiendo atención. Por lo menos estamos avanzando en la dirección correcta. Las víctimas nunca van a ser forzadas a llevar a sus familias a la corte. Lo que esta ley nos dará es el derecho de elegir, de tal manera que podamos decir con convicción que el matrimonio forzado es un delito.

### **Conclusión**

Tenemos el derecho moral y social de sacar estos problemas a la superficie. Es muy triste que muchas personas teman un contragolpe cultural. Me gustaría señalar que aceptar otra cultura no significa aceptar el abuso. El matrimonio forzado no está sustentado por la religión ni por la tradición; si ponemos excusas pasamos tristemente a ser parte del problema. En este sentido, debemos recordar las palabras de Gandhi cuando dijo, "Nos hundiremos en un mar de opresión en nombre de la tradición".

---

<sup>2</sup> En las grandes ciudades, las universidades y otras agencias se presentaron las preguntas en una tarjeta postal y los resultados fueron analizados por Karma Nirvana en la primavera de 2012.

**Estadísticas**  
**Cantidad de FMPO impartidas en el período 2008-2011**

|                                            | 2008     | 2009       | 2010       | 2011       | 2012<br>Trimester 1 |
|--------------------------------------------|----------|------------|------------|------------|---------------------|
| <b>FMPO –Solicitudes</b>                   | <b>5</b> | <b>96</b>  | <b>116</b> | <b>123</b> | <b>14</b>           |
| Edad del candidato: 17 y de menor edad     |          |            | 57         | 65         |                     |
| Edad del candidato: más de 17              |          |            | 55         | 50         |                     |
| Edad del candidato: desconocida            |          |            | 4          | 8          |                     |
|                                            |          |            |            |            |                     |
| Tipo de candidato: persona a ser protegida |          |            | 37         | 38         |                     |
| Tipo de candidato: tercero pertinente      |          |            | 26         | 38         |                     |
| Tipo de candidato: otro tercero            |          |            | 40         | 38         |                     |
| Tipo de candidato: otro                    |          |            | 13         | 9          |                     |
|                                            |          |            | <b>116</b> | <b>123</b> | <b>23</b>           |
| <b>FMPO tomada</b>                         | <b>7</b> | <b>101</b> | <b>149</b> | <b>157</b> |                     |
| FMPO tomada con facultades para arrestar   | 7        | 79         | 95         | 102        |                     |
| FMPO tomada sin facultades para arrestar   | 0        | 22         | 54         | 55         |                     |

Fuentes: Ministerio del Interior del Reino Unido

9% de las órdenes fueron impartidas para proteger varones

50% para niñas y niños menores de 17 años.

**Llamadas mensuales a Karma Nirvana**  
**Línea de Ayuda Honour Network**

|             |                                          |
|-------------|------------------------------------------|
| <b>2008</b> | 2532, con un promedio de 281             |
| <b>2009</b> | 5599, con un promedio de 467             |
| <b>2010</b> | 4815, con un promedio de 401             |
| <b>2011</b> | 5517, con un promedio de 460             |
| <b>2012</b> | 2632, con un promedio de 526 hasta ahora |

**Más detalles**

- **47%** de las víctimas que llaman tienen menos de 21 años;
- **12%** de las llamadas fueron de varones que enfrentaban problemas de violencia basada en el honor y matrimonios forzados;
- **38%** de las víctimas llamaban por primera vez;

**Motivo que daba lugar al abuso**

- **67%** manifestaba contradecir los deseos familiares;
- **20%** refirieron tener un novio o novia al que la familia rechazaba;
- **7%** refirió haberse occidentalizado y rechazado un matrimonio arreglado.

**Anup Manota**, Director de Proyecto

**Judy Barber**, Línea de Ayuda

Karma Nirvana, Inglaterra

## La paternidad a la luz de los desafíos del cambio climático. Una perspectiva desde el derecho internacional

**Profesor Susana Sanz Caballero**



### 1. Introducción

¿Están relacionadas las variables de "cambio climático" y "paternidad"? Un primer y superficial vistazo a los dos conceptos probablemente no nos arrojará luz sobre si existe un vínculo entre ellos. Podríamos incluso concluir que no existe relación alguna entre ellos. Pero nos equivocáramos.

El cambio climático afecta a los niños mucho más de lo que afecta a cualquier otro grupo de seres humanos<sup>1</sup>. Los niños pertenecen a una categoría muy especial de grupo vulnerable. Son incapaces de buscar sus propios medios de subsistencia y dependen totalmente del cuidado de los adultos. Por lo tanto, el cambio climático, así como cualquier otro peligro extremo, tiene un mayor impacto en ellos que en otras categorías de seres humanos.

Los niños suelen ser criados por sus padres. Estos son normalmente miembros de una familia. En el seno de la familia es donde encuentran el amor, el cuidado y el suministro de sus necesidades básicas. Esta es una de las razones por las que la familia es una de las instituciones fundamentales de la sociedad. Una familia estructurada y comprensiva es el mejor ambiente para la educación de los niños. Como afirman los artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):

<sup>1</sup> Ver, BARLETT, S.: "Children in the context of climate change: a large and vulnerable population", en *Population Dynamics and Climate Change*, 2009, vol. 80, pp. 133 ff.; SANZ CABALLERO, S.: "Climate change and its impact on children", en ZERMATTEN, J. (ed.): *Acts of Proceedings of the International Congress on the rights of the child and climate change*, 2012, Ginebra, in press.

*"La familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y el Estado". En el mismo sentido, el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce que: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo..."*

### 2. Derechos relacionados con la paternidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Según la DUDH, el PIDCP, el PIDESC y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) los padres disfrutan de algunos derechos importantes en relación con sus hijos. La mayoría de estos derechos no se encuentran expresamente contenidos o clasificados en estos instrumentos internacionales como derechos de los padres o derechos de la familia, pero su relación con la paternidad y/o la familia puede ser fácilmente deducida. Entre ellos, los derechos más claros son:

- El derecho a la vida.
- El derecho a fundar una familia.
- El derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia, incluyendo alimentación, vestimenta, vivienda, atención médica y servicios sociales necesarios.
- El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.
- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Todos los niños gozarán de la misma protección social sin discriminación alguna por razón de origen o de otro tipo.
- El derecho del niño a ser registrado inmediatamente después del nacimiento, a tener un nombre ya adquirir una nacionalidad.
- Los Estados tienen que respetar la libertad de los padres a escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos.

El cambio climático afecta a los derechos anteriormente citados con respecto al cuidado de los hijos poniendo en peligro los derechos de los padres para organizar su vida familiar y para ofrecer a sus hijos lo que necesitan para cubrir sus necesidades básicas.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 hace abundantes referencias al papel que los padres supuestamente tienen que representar con el fin de conseguir el bienestar de sus hijos. Entre los derechos que afectan al papel de los padres y a su autoridad podemos citar:

- El derecho del niño a disfrutar de sus derechos independientemente de la raza, idioma, condición política, opinión, nacionalidad, origen étnico, nacimiento u condición de los padres (art. 2).
- El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños (art. 3).
- El respeto de los derechos y deberes de los padres en la garantía de protección para el bienestar del niño (art. 3.2).
- Los derechos y deberes de los padres, de los parientes o de los tutores legales para proporcionar la dirección y orientación apropiadas al niño (art. 5).
- El derecho del niño a ser cuidado por sus padres (artículo 7).
- El derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando tal separación sea necesaria en aras del interés superior del niño (art. 9).
- El derecho del niño que es separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9.3).
- Trato humano y expedito de los casos de reunificación familiar, sin consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para los miembros de la familia (art. 10.1).
- El derecho de los padres y del niño a salir de cualquier país, incluso del propio, y a entrar en su país con el fin de mantener contactos directos (art. 10.2).
- El derecho a estar libre de interferencia ilícita en la vida familiar y la protección contra estos ataques (art. 16).
- Las responsabilidades comunes de ambos padres en la crianza y el desarrollo del niño. Los padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. El interés superior del niño será su preocupación fundamental (art. 18.1).
- Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres en el desempeño de sus responsabilidades de crianza y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los hijos (art. 18.2).
- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de servicios de cuidado infantil e instalaciones adecuadas (art. 18.3).
- Protección del niño contra toda forma de violencia física o mental, lesiones o abusos, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras estén bajo el cuidado de sus padres (s) o tutor (s) o cualquier otra persona que se ocupe del cuidado del niño (art. 19.1).
- El niño privado temporal o permanentemente de su ambiente familiar debe ser objeto de especial protección y asistencia por parte del Estado (art. 20.1).
- Los Estados Partes, de conformidad con sus propias leyes nacionales, garantizarán cuidados alternativos para los niños (20.2) incluyendo la ubicación de los niños en instituciones adecuadas para el cuidado de los mismos (20.3).
- La adopción como institución alternativa de cuidado, siempre que esté permitida por la ley y a la vista de la situación del niño con respecto a los padres, parientes y tutores legales y, si se requiere, con el consentimiento de los interesados (art. 21).
- Exigencia de protección apropiada para los niños refugiados, tanto si están acompañados por sus padres como si no, así como la cooperación internacional en caso de necesidad de localizar a sus padres o a otros miembros de la familia (art. 22).
- El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de instalaciones para el tratamiento de enfermedades, incluida la lucha contra la desnutrición y la mortalidad infantil, el cuidado pre-natal y post-parto de la madre, así como orientación a los padres en materia de salud preventiva (art. 24).
- La responsabilidad principal de los padres de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27).
- La necesidad de los Estados de adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres a poner en práctica el derecho del niño a un nivel de vida adecuado (art. 27.4).
- El derecho a la educación (art. 28). Uno de los objetivos de la educación es inculcar el respeto por los padres, por la propia identidad cultural y sus valores (art. 29).

Otros derechos incluidos en la CDN, pero no necesariamente relacionados con el papel de los padres con respecto al niño, son los siguientes: el derecho a adquirir una nacionalidad (art. 7), la exigencia de medidas del Estado a fin de combatir la transferencia ilícita de niños en el extranjero y el no retorno de los mismos (art. 11), el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y los derechos y deberes de los padres a proporcionar orientación al niño en este campo (art. 14), el derecho de las comunidades indígenas de disfrutar de su cultura (art. 30), el derecho de los niños a tener tiempo libre y a jugar y participar de la vida cultural (art. 31), el derecho del niño a ser protegido contra la explotación económica (art. 32), la protección de los niños contra el abuso de las drogas (art. 33), la protección del niño contra cualquier forma de abuso sexual (art. 34), la prevención del niño contra el secuestro, venta o tráfico (art. 35), el derecho del niño a estar libre de tortura o cualquier forma de trato inhumano o degradante (art. 37), así como la promoción del rescate de los niños en caso de conflicto armado, abuso, abandono o explotación (art. 39).

Como se mostrará a continuación, todos estos derechos de los niños -y los derechos de los padres relacionados con ellos- se ven igualmente afectados por las consecuencias del cambio climático.

### **3. Especial impacto del cambio climático en la paternidad**

Una hipótesis preliminar es que no existe ni un solo derecho que no esté afectado por las fuertes consecuencias del cambio climático. Tras catastróficos desastres, epidemias y enfermedades rápidamente propagadas, la capacidad de los padres para evitar que sus niños enfermen es inversamente proporcional a su capacidad para mitigar las consecuencias del cambio climático y de adaptarse al nuevo medio ambiente.

Durante los desastres y en sus secuelas, los padres pueden perder de vista a sus hijos. Éstos pueden morir, perderse, ser secuestrados, vendidos o dados en adopción ilegal. La documentación personal de ambos padres y de los hijos puede ser destruida y, como consecuencia de todo ello, pueden encontrarse con problemas de identificación personal ante las autoridades.

El trabajo de los padres o los medios para proporcionar sustento pueden desaparecer debido a la deforestación, a inundaciones o a la subida del nivel de las aguas, huracanes u otras causas relacionadas con el cambio climático. Los padres se enfrentarán a la terrible situación de no poder alimentar a sus hijos y de ofrecerles una vida digna. Su autoridad y su autoestima pueden deteriorarse y podrían perder el control de sus hijos.

La incapacidad de los padres de proporcionar alimentos, refugio y salud a sus hijos puede obligarles a huir de sus países. Cuando los padres emigran, dejan atrás a sus hijos con la esperanza de enviar dinero a casa una vez establecidos en el extranjero. Los niños que son dejados por sus padres pueden desarrollar sentimientos de abandono, ira, ansiedad o de amenaza cuando sus padres se van. Los padres que tienen que huir perderán el control de sus hijos y la oportunidad de educarlos. También se enfrentarán a grandes problemas burocráticos en el caso de que deseen optar por una reunificación familiar en el país receptor.

Uno de las consecuencias más extendidas del cambio climático es la multiplicación de casos de familias desestructuradas. Incluso en los casos en los que los padres logran huir con sus familias desde sus tierras devastadas a un nuevo asentamiento, los hijos normalmente experimentarán situaciones de alienación, xenofobia y aislamiento en el nuevo país o en el nuevo territorio. A veces experimentan también impotencia por ser incapaces de comunicarse en la nueva tierra cuando el idioma hablado es diferente al de origen. Todas estas cargas adicionales afectan severamente la capacidad de los padres de educar a sus hijos.

La vivienda también queda fuertemente afectada por las consecuencias del cambio climático, lo cual socava las posibilidades de los padres de proporcionar un nivel de vida adecuado a sus hijos. A veces, los hogares familiares quedan destruidos durante las catástrofes climáticas. Además, en ocasiones las familias tienen que abandonar sus hogares porque vivir allí se torna imposible debido a la subida de las temperaturas, la erosión de la tierra, el aumento de los niveles del mar, etc. Las familias que se ven obligadas a abandonar sus hogares suelen ocupar o construir otras nuevas en zonas marginales de las megaciudades o en zonas rurales empobrecidas donde no pueden proporcionar a sus hijos el saneamiento, los servicios básicos o la educación necesaria. Cuando se establecen en estas zonas masificadas, en los guetos y en las áreas no planificadas, lo que encuentran normalmente es delincuencia. Como resultado de esto, los padres experimentan problemas de autoridad para mantener a sus hijos alejados de las pandillas, del abuso de las drogas y de la delincuencia.

El derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones y de elegir las escuelas en las que quieren que sean educados también sufre con los efectos del cambio climático. Cuando las familias se ven obligadas a huir debido a las inhabitables condiciones de la tierra, la educación se puede interrumpir en su nuevo asentamiento.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Las autoridades de la nueva población pueden aumentar los obstáculos o las trabas burocráticas para la escolarización de los hijos de los recién llegados. Para aquellos que se quedan en su tierra, la educación también puede resultar imposible por diferentes razones. Entre ellas, la necesidad de emplear a los niños en la tarea de ir a buscar agua para la familia, pastorear el ganado y recolectar la leña, la huida del profesorado debido al calentamiento global, el derrumbe de escuelas, la inasequible reconstrucción y los costos de reubicación de nuevos edificios escolares, la falta de instalaciones sanitarias en la escuela, etc.

Los riesgos climáticos provocan la migración masiva. Los padres obligados a huir al extranjero también pueden sufrir la angustiada experiencia de no ser capaces de transmitir su nacionalidad a sus hijos nacidos en el extranjero, o la negativa del nuevo país de registrar a los recién nacidos. Los padres pueden encontrarse en la situación de dar a luz a niños apátridas sin derechos políticos pero no por razones políticas sino porque su Estado de origen ya no existe. Ni que decir tiene que las situaciones extremas siempre conducen, con o sin el consentimiento de los padres, a la explotación infantil o la esclavitud, a que los niños sean obligados a trabajar, al abuso sexual y al incremento de niños de la calle.

La deforestación provoca la degradación de los bosques y afecta a los derechos de los pueblos indígenas a disfrutar de su cultura, sus tierras tradicionales y el acceso al alimento. En pocas palabras, la deforestación perjudica la forma de vida de los indígenas. Todo esto tiene un impacto sobre el derecho a un nivel de vida digno, el derecho a una vivienda y el derecho a la propiedad colectiva. Los padres de comunidades indígenas se encuentran en una situación desesperada porque ya no pueden enseñar a sus hijos sus valores, su conocimiento del medio ambiente o sus ancestrales normas sobre supervivencia, sobre el contacto con la tierra, los animales y las plantas.

En resumen: a veces los padres mueren a causa de los fenómenos climáticos o emigran con la intención de trabajar en el extranjero y enviar dinero a la familia. A veces simplemente abandonan o venden a sus hijos cuando se sienten desesperanzados a la hora de afrontar el futuro. Estos niños tienen el riesgo de caer en manos de pandillas y organizaciones que trafican con seres humanos. Todos estos peligros multiplican el número de niños de la calle, niños abandonados o explotados, niños que tienen que trabajar, pandillas de niños y niños víctimas del tráfico de seres humanos.

Los padres tienen mucho que perder en cuanto al cuidado y educación de sus hijos y en cuanto al control de la estructura familiar debido a las consecuencias del cambio climático en el medio ambiente, el hogar y en sus poblaciones.

#### **4. La jurisprudencia relativa a los derechos de la familia y la paternidad en el contexto de la degradación del medio ambiente.**

Pese a que la degradación del medio ambiente y el cambio climático provocan graves violaciones de los derechos humanos, la realidad es que casi no hay jurisprudencia internacional sobre el tema. Uno de los problemas más difíciles del cambio climático es cómo asignar la responsabilidad del cambio climático provocado por el hombre y sus consecuencias nocivas. Hay varias razones para esto:

- La naturaleza del calentamiento global hace que sea imposible establecer una relación causal directa entre una emisión específica pasada y un daño específico en una persona determinada.
- La responsabilidad de los impactos no siempre puede ser atribuida a los gobiernos más cercanos, sino también a los países que están lejos.
- Los Estados no son los únicos culpables, también lo son algunas entidades públicas y privadas. Sin embargo, las empresas no son sujetos de derecho internacional.
- Los derechos en cuestión en ocasiones son difíciles de aplicar (derechos de los migrantes, derechos en tiempo de guerra) y la mayoría de los daños aún están por venir.
- Los tribunales no están dispuestos a aceptar casos en los que los daños no sean muy concretos, como los litigios sobre derechos humanos en los que las víctimas sean masivas y estén dispersas por todo el mundo.
- Los derechos humanos priorizan los daños producidos a personas reales, pero no los de las generaciones futuras. Los derechos de las generaciones futuras están en juego debido al cambio climático pero hay fuertes razones en contra de los litigios en nombre de las personas aún no nacidas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Uno puede sostener que las generaciones venideras no tienen derechos porque todavía no son seres humanos. Pero este enfoque es muy estrecho de miras porque sólo tiene en cuenta los derechos legales y se olvida de los derechos morales.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- Las condiciones de emergencia -como en el caso de hambrunas, inundaciones, migraciones masivas...- limitan la aplicación de las leyes relativas a los derechos humanos. Los gobiernos toman medidas que derogan sus obligaciones con respecto a los derechos humanos como consecuencia de daños producidos por el cambio climático (toque de queda, etc.).<sup>3</sup>

Las razones anteriores hacen que sea difícil para cualquier víctima de daños del cambio climático – incluyendo los daños a las madres y padres cuyos derechos como padres están en peligro debido a las consecuencias del calentamiento global- tener acceso a la justicia. En resumen: el cambio climático ofrece una clara evidencia de las insuficiencias del sistema de justicia internacional para hacer frente a las nuevas amenazas y a patrones cambiantes de responsabilidad.

Por el momento, no se han presentado recursos ante tribunales internacionales por padres que aleguen que los efectos del calentamiento global han socavado el ejercicio de sus derechos como padres. Sin embargo, no es inconcebible que este tipo de recurso y este tipo de argumentación jurídica lleguen a los órganos internacionales en un futuro próximo. Los escasos casos presentados hasta el momento ante organismos internacionales regionales sobre las consecuencias del calentamiento global o la degradación medioambiental se han centrado en su impacto sobre los derechos de la comunidad o sobre derechos individuales en lugar de centrarse en los derechos de los padres sobre sus hijos.

Sin embargo, hay una excepción a esta regla en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha desarrollado una jurisprudencia muy creativa y de gran alcance sobre el derecho a un medio ambiente saludable al afirmar que la contaminación puede interferir en el derecho a la vida familiar. El TEDH es el órgano de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. A pesar del hecho de que el Convenio no incluye el derecho a un medio ambiente saludable como tal, el TEDH ha sido capaz de deducir este derecho del derecho a la vida familiar, porque la contaminación y la degradación del medio ambiente pueden fácilmente afectar al derecho a disfrutar de una vida familiar normal y tranquila.

En lo que probablemente sea el primer caso de un litigio internacional sobre la degradación del medio ambiente en que un tribunal haya condenado a un Estado<sup>4</sup> –caso *López Ostra/España* (1994)- el TEDH entendió que el derecho a la vida familiar de la familia López Ostra había sido violado porque las autoridades españolas habían permitido el establecimiento de una planta de tratamiento de residuos ruidoso y pestilente al lado de una casa familiar sin haber realizado previamente ningún tipo de estudio de impacto ecológico. La grave y continua contaminación ambiental causó graves problemas de salud para todos los miembros de la familia: la madre sufría depresión, la hija enfermó y todos los miembros de la familia discutían de forma frecuente. El bienestar de la familia y su calidad de vida quedaron tan afectados que tuvieron que mudarse. Aunque la sentencia no habla específicamente sobre cómo la contaminación ambiental afectó los derechos de paternidad de López Ostra y su autoridad, podemos fácilmente deducirlo de todos los hechos que rodean el caso. El TEDH concluyó que existía una violación del artículo 8 del Convenio, que trata sobre el derecho a la vida privada y familiar, así como violación del artículo 3 sobre trato degradante.

Hechos similares y argumentaciones judiciales parecidas pueden encontrarse en el caso del TEDH *Guerra y otros/Italia* (1998), donde una fábrica farmacéutica localizada cerca de la casa del solicitante fue clasificada como de alto riesgo. Las autoridades italianas no cumplieron con su obligación de proteger el derecho de la familia Guerra a una vida familiar ya que nunca se les informó sobre el riesgo para la salud y para el bienestar de la familia que conllevaba vivir al lado de una planta como esta. Otra sentencia importante es *Tatar/Rumania* (2009) donde el TEDH dictaminó que la contaminación podría afectar a la calidad de vida de la familia de un padre y un hijo.

La reciente sentencia *Dubetska/Ucrania* (2011) – acerca de un clan familiar que vive cerca de una mina y una fábrica altamente contaminantes- podría ser, en nuestra opinión, un importante caso sobre derechos de paternidad, ya que el TEDH aceptó la alegación de los demandantes según la cual a veces, los riesgos del medio ambiente ponen en peligro el derecho a la vida familiar.

<sup>3</sup> Algunas de estas desventajas para los litigios medioambientales se explican en el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, cit., P. 4 y 45 y en UNICEF: *A brighter tomorrow: climate change, child rights and intergenerational justice*, Londres, 2011, p. 3.

<sup>4</sup> Antes de esa sentencia la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó las reclamaciones medioambientales sobre la base de que no existía ningún derecho a la preservación de la naturaleza como tal incluido en la Convención Europea (Powell y Rayner contra el Reino Unido de 1990, sobre los niveles excesivos de ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El TEDH consideró que, aunque no había ninguna disposición en el Convenio que garantizase el derecho a la preservación del medio ambiente natural como tal, Ucrania no había cumplido con sus obligaciones porque la grave contaminación y la falta de agua potable, provocaron enfermedades y causaron dificultades en las relaciones entre los cónyuges, incrementaron la frustración de la familia y afectaron a la comunicación de los miembros de la familia, forzando a los miembros más jóvenes de la familia a desplazarse y abandonar a los más viejos para buscar unas mejores condiciones para el crecimiento de los niños.

Estos casos nos dicen mucho acerca de la relación existente entre la degradación ambiental y el derecho a disfrutar de la vida familiar. Sin embargo ninguno de ellos se refiere a los efectos del cambio climático. En el resto de los casos que han sido presentados ante el TEDH por cargos de degradación del medio ambiente, el argumento del respeto al derecho a una vida familiar no se ha planteado o no se ha empleado por el Tribunal. Estos son los casos *Balner-Schafroth/Suiza* (1997), *Kyrtatos/Grecia* (2003), *Hatton y otros/Reino Unido* (2003), *Pilar Moreno/España* (2004), *Oneryildiz/Turquía* (2004), *Gorraiz-Lizarraga y otro/España* (2004), *Ledyayeva/Rusia* (2006), *Budayeva/ Rusia* (2008) y *Bacila/Rumania* (2010). En todos ellos el TEDH resolvió las disputas usando otros argumentos jurídicos como son el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la vida privada (art. 8), el acceso a la justicia (art. 13), el derecho a la propiedad (art. 1 Prot. 1) y el derecho a la información en materia medioambiental (art. 10)<sup>5</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha seguido el camino del TEDH al reconocer los derechos ambientales en las Américas. Sin embargo, este tribunal nunca ha usado el argumento de la violación del derecho a la vida familiar como razonamiento jurídico. La Comisión Interamericana ha tenido al menos tres oportunidades para desarrollar los daños sobre medio ambiente en los casos *Yanomami/Brasil* (1985), *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni/Nicaragua* (2001) y *Inuit/USA* (2005). En el primero, la Comisión Interamericana concluyó que la destrucción medioambiental de las tierras ancestrales violaba el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al alimento.

En el segundo caso, la Comisión consideró que una concesión maderera violaba los derechos de propiedad de una comunidad indígena protegidos en el artículo 21 del Convenio Interamericano de Derechos Humanos. El tercer caso es mucho más relevante porque la demandante (Sheila Watt-Cloutier) alegó que los diferentes derechos del grupo indígena al que ella pertenecía habían sido vulnerados debido, en gran parte, al fracaso de EE.UU. a la hora de reducir sus emisiones de efecto invernadero. El recurso proporciona una larga lista de supuestos derechos vulnerados, tales como el derecho de los Inuit a disfrutar de los beneficios de su cultura, el derecho a disfrutar de sus tierras ancestrales, el derecho a la salud, a la integridad física, a la seguridad, a la residencia, a preservar sus propios medios de subsistencia, así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Desafortunadamente, la Comisión Interamericana concluyó que el recurso era inadmisibile. Por lo tanto, se perdió la oportunidad de saber la opinión de este organismo sobre la relación entre la conducta humana y el deshielo, por un lado, y la violación de algunos derechos que tienen mucho que ver con el respeto a la vida familiar y con el respeto al estilo de vida que los padres eligen para sus hijos, por otro lado. La no admisión del recurso fue debido al hecho de que la Comisión no pudo hallar una relación directa entre los efectos negativos que la comunidad Inuit estaba sufriendo en su modo de vida y las emisiones estadounidenses. La Comisión Interamericana era de la opinión de que los daños causados a la comunidad indígena eran probablemente resultado de graves acciones contaminantes, pero muchas de ellas de origen privado<sup>6</sup>.

Los ejemplos de casos judiciales internos interpuestos ante los tribunales estadounidenses han comenzado a producir resultados positivos. En *Massachusetts/EPA*, dictaminado por la Corte Suprema (Abril 2007), la Corte concluyó que el incremento del nivel del mar, junto con las previsiones creíbles sobre el futuro empeoramiento de los efectos del cambio climático, eran pruebas suficientes de daños sufridos por la naturaleza y provocados por la acción de EE.UU. Este es un caso histórico. La Corte Suprema dictaminó a favor del Estado de Massachusetts y contra Estados Unidos porque encontró una relación de causalidad, ya que el daño había sido causado de algún modo por la entidad demandada.

<sup>5</sup> BLAZOGIANNAKI, M.: "Human rights and climate change", 4º reunión del Grupo de Expertos sobre Biodiversidad y Cambio Climático, Estrasburgo, 8 de abril de 2009, doc. T-PVS/Inf (2009) 4; SANDS, P.: "Human rights and the environment", en Human Rights and the Environment. Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, 2004, pp 22 y ss; HREOC (AUSTRALIA): Background paper: Human Rights and Climate Change, 2008, p. 10.

<sup>6</sup> Sobre el caso de los Inuit, ver: INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS: Climate change and human rights. A Rough Guide, 2008, p. 41.

Y en *Green Mountain Chrysler-Plymouth-Dodge et al./Cromble et al.* (Septiembre 2007), un tribunal de Vermont falló en favor de 14 Estados de Estados Unidos y en contra de las demandantes (algunas empresas automovilísticas) porque consideró que la decisión de estos Estados de limitar por ley los niveles admisibles de emisiones de dióxido de carbono no contravenía el derecho a la libre empresa.

##### **5. Conclusiones**

La degradación del medio ambiente y las vulneraciones de derechos humanos están intrínsecamente relacionadas. Sin embargo, la legitimación activa para presentar una demanda puede ser muy difícil en los casos de daños causados por el cambio climático. Para que un recurso ante un tribunal internacional sea admisible, ha de ser establecida una relación de causalidad entre una acción u omisión del Estado y el daño causado. Aunque es evidente que los efectos adversos del cambio climático sobre la vivienda, el estilo de vida, los medios de subsistencia, la salud, etc. perjudican la vida familiar además de perjudicar a la institución familiar como tal, puede ser extremadamente difícil demostrar ante un tribunal nacional o internacional cómo y en qué medida el calentamiento global afecta directamente los derechos de los padres a criar a sus hijos, a darles orientación, a educarlos, a proporcionarles alimento, agua y refugio, a ofrecerles un nivel de vida adecuado, a ayudarles a mantenerse sanos, a ayudarles a desarrollar todas sus potencialidades y a transmitirles sus valores, su estilo de vida y el sentido de su identidad cultural.

Los casos judiciales internacionales basados en supuestos daños ecológicos son y seguirán siendo difíciles. Ni qué decir tiene que serán aún más difíciles si el demandante trata de demostrar que sus derechos como padre o como madre se han visto afectados por las consecuencias del cambio climático.

**Susana Sanz Caballero** es Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad CEU Cardenal Herrera. Además, es miembro del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea. Este artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación DER2009-13752-C03-02 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

## Cuidado personal y coparentalidad. Debates en curso en Chile

**Juez Gabriela Ureta**



### 1. Introducción

La Convención de los Derechos del Niño fue aprobada y ratificada en Chile en el año 1990 y, en consecuencia, ésta forma parte del sistema jurídico nacional. Con el fin de adecuar el contenido de sus normas a la legislación nacional, el Estado de Chile ha adoptado una serie de medidas legislativas y administrativas para adecuar su legislación a las normas de la Convención.

En efecto, desde la ratificación por Chile de la Convención, se han dictado numerosas leyes y normas reglamentarias que han tenido por objeto mejorar la condición de los menores en el país.

Sin embargo, ello no ha sido del todo suficiente en materia de cuidado personal de los niños cuando los padres viven separados.

Uno de los temas pendientes de tratamiento en la legislación nacional dice relación con el caso del cuidado personal de los niños cuando los padres viven separados.

Para contextualizar esta situación diremos que en Chile, último país en el mundo que estableció la Ley de Divorcio recién en el año 2004, la separación legal de los padres aumentó en forma significativa en los primeros años posteriores a su entrada en vigencia, facilitada además por la entrada en vigor de la Ley que creó los Tribunales de Familia. Se estima que en el año 2008 hubo un divorcio por cada tres matrimonios que se celebraron en el mismo período y la tendencia ha ido en aumento. En efecto según estadísticas de la Corporación Administrativa del Poder Judicial el año 2009, se decretaron por los Tribunales de Familia 29.889 divorcios, cifra que en el año 2010 aumentó a 50.169 y hasta junio del año 2011 ascendía a 38.887.

De acuerdo a las estadísticas del Registro Civil, la generación que más se separa es la que tiene entre 30 y 40 años, constituida fundamentalmente por matrimonios jóvenes con hijos relativamente pequeños. Es preciso destacar que las estadísticas no reflejan la totalidad de las separaciones pues no incluyen las parejas que tienen hijos por haber mantenido convivencia y se separan.

El divorcio y sus efectos en los niños, el aumento de las nuevas formas de familia, principalmente las monoparentales, la incorporación de la mujer al campo laboral, los cambios de roles en la pareja son expresiones de las nuevas relaciones interpersonales, realidades que se han visto acompañadas de una creciente demanda de organizaciones de padres separados, que solicitan más participación del padre en el cuidado personal del niño y no quedar exentos de intervenir en decisiones de relevancia para el desarrollo del hijo.

Es en consecuencia en este contexto que abordaremos particularmente una reciente iniciativa parlamentaria que trata sobre esta materia y sobre los debates a que ésta ha dado lugar.

### 2. El problema

El artículo 7 de la Convención establece que: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Por su parte el artículo 18 señala: “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su interés principal será el interés superior del niño”.

Es posible señalar respecto de los artículos mencionados que en Chile se distinguen como conceptos diferentes la patria potestad y el cuidado personal, ambos incluidos como un todo en los mencionados artículos de la convención.

Respecto de la patria potestad debemos tener presente que en Chile ésta se define en el artículo 243 del Código Civil como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo por nacer”.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Agrega el art. 244 del mismo Código que “La patria potestad será ejercida por el padreo la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguiente a su otorgamiento.

“A falta de acuerdo, toca al padre el ejercicio de la patria potestad.

En todo caso cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.”

Ahora bien, el artículo 245 agrega que “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.”

Respecto de la patria potestad, podemos señalar entonces que no se consagra un ejercicio conjunto de ambos progenitores, sin perjuicio que pueda corresponder una titularidad compartida en caso de acuerdo entre ellos, lo que puede considerarse en contradicción con el principio de igualdad de responsabilidades, derechos y deberes que la Convención reconoce a ambos progenitores en relación con sus hijos y que se consagra además en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), por cuanto es respecto de ella la discriminación.

Señala el artículo 16 N°1 letra d) de dicha Convención (CEDAW) “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, 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.”

También nuestra legislación posibilita que la patria potestad pueda ser establecida mediante un convenio regulador, sin embargo en su redacción prescinde del derecho del menor de edad ser oído. Sin embargo, cabe advertir que lo anterior no obsta para que el hijo pueda recurrir ante el Juez de Familia por sí para solicitar que su opinión sea tenida en cuenta considerando su edad y madurez.

Que en virtud de las disposiciones legales señaladas anteriormente cuando los padres viven separados le corresponde la patria potestad a quien tiene a su cargo el cuidado personal del menor y a falta de acuerdo entre los padres el cuidado personal del hijo es ejercida, según la legislación, por la madre y en consecuencia a ella correspondería además ejercer la patria potestad.

Sin embargo y aún cuando la madre ejercería también en dicho caso la patria potestad, ello es de difícil aplicación toda vez que la circunstancia de que los padres vivan separados constituye un hecho que no le consta a terceros, por lo cual necesariamente tales terceros exigirán una prueba que así lo acredite, y al no constar esta circunstancia en algún documento fidedigno, la madre en tal caso deberá necesariamente recurrir a Tribunales para acreditar la separación y solicitar que se ordene subinscribir en el Registro Civil al margen de la partida de nacimiento del menor que el cuidado personal y la patria potestad le corresponden.

Las facultades que concede la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico están constituidas por el derecho legal de goce, la administración de los bienes del hijo y la representación legal de éstos.

El derecho legal de goce consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si son fungibles (art. 252, inciso 1°).

Respecto del cuidado personal, tuición o relación filial personal se le ha definido como: “el derecho paternal a la crianza, educación, y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo” (Schmidt y Veloso<sup>1</sup>).

De conformidad a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo el hijo tiene derecho a vivir con sus padres, a no ser separado de ellos y a crecer en el seno de una familia.

Respecto de ello la legislación chilena establece que el cuidado personal de la crianza y educación del hijo toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente. (art.224 C.C.)

---

<sup>1</sup> La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia” Claudia Schmidt y Paulina Veloso.

El artículo 225 del mismo código señala que: “ Si los padres viven separados a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier Oficial de Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido, u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo, mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.”

“Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

De las normas citadas precedentemente se desprende que en el caso en que los padres vivan juntos no se vislumbra problema alguno ya que la ley no establece diferencias de ninguna clase para asumir las responsabilidades parentales. Sin embargo, las dificultades comienzan cuando los padres viven separados y existe discrepancia entre ellos sobre quien debe asumir el cuidado del niño.

Si bien el legislador lo ha llamado “cuidado personal”, la doctrina mayoritaria considera que la norma se refiere a lo que la anterior nomenclatura denominaba “tuición”, señalándose como sinónimos los términos cuidado personal, cuidado, crianza y educación y tuición.

La legislación nacional, si bien garantiza el derecho del niño a mantener una relación con ambos padres, respecto del cuidado personal lo considera adjudicable a la madre y sólo en forma excepcional al padre. Esta idea hoy se encuentra cuestionada por investigaciones psicosociales que señalan que tanto el padre como la madre están capacitados para cuidar de los hijos y también por la comunidad que tiene una mirada más igualitaria respecto de los roles de mujeres y hombres tanto dentro como fuera de la familia.

En Chile no se contempla aún en la ley la posibilidad de una tuición compartida, ya que ella establece que en caso de no existir acuerdo entre los padres la tuición le corresponde a la madre, y así lo ha establecido la Corte Suprema<sup>2</sup>.

### **3. El debate**

Diversas organizaciones de padres separados vienen desde hace un tiempo realizando acciones con el objeto de promover la tuición compartida que evita, al menos teóricamente, que uno de los padres quede desprovisto de injerencia en la vida del hijo.

Es así como a petición de dichas organizaciones se presentó un proyecto de ley en junio del año 2010 que se encuentra en tramitación, y que permitiría que los padres de común acuerdo determinen quien tendrá el cuidado personal del niño o si el cuidado será compartido por ambos padres, situación que hoy la ley no contempla.

El objetivo del proyecto de Ley es incorporar el concepto de que la titularidad de la responsabilidad parental corresponde a ambos padres.

La iniciativa busca reemplazar la normativa actual por considerarla discriminatoria y estereotipada al otorgar un derecho preferente a la madre para ejercer el cuidado personal de los hijos siguiendo un esquema anticuado en el cual se asignan roles a cada sexo en el ejercicio de la parentalidad, (a la mujer la crianza, a los hombres los bienes).<sup>3</sup>

El proyecto propone sustituir el artículo que entrega preferencia a la madre en el caso de que los padres se encuentren separados, por un texto que pone de relieve los acuerdos entre los padres, elimina la norma de atribución preferente a la madre y agrega el concepto de cuidado compartido.

El proyecto en cuestión señala: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida. Si no existiera acuerdo entre los padres, será el juez el encargado de resolver a quien se le concede la tuición, teniendo como consideración primordial el interés superior del hijo”.

El gobierno actual ha señalado que aun cuando reconoce que es clave la participación activa del padre en la crianza de sus hijos,<sup>4</sup> el hecho que un padre no viva en la misma casa que su hijo no lo exime de sus responsabilidades, pero que si no hay acuerdo entre los padres, estima que es necesario que sea la madre quien tenga el cuidado supletorio, manteniendo de este modo los actuales roles fijados en el Código Civil.

<sup>2</sup> Causa Rol 3097-2008 de 15 de julio de 2008.

<sup>3</sup> Diputado Gabriel Ascencio, uno de los autores de la iniciativa.

<sup>4</sup> Informe al Congreso de la Ministra del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) Carolina Schmidt.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Desde el punto de vista de la academia, merece citarse la opinión de la profesora de la Universidad de Chile señora Fabiola Lathrop quien al exponer en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto en mención señaló que la norma de atribución preferente del cuidado personal a la madre es inconstitucional, pues establece una discriminación arbitraria en contra del hombre, y agregó que es una norma que refuerza estereotipos negativos para la sociedad, como que la mujer debe estar en casa con los hijos y el hombre como padre proveyendo económicamente. Agrega que la norma vigente atenta contra los artículos de la Constitución Política, pues es discriminatoria en contra del hombre y tratados de infancia y adolescencia suscritos por Chile.

Señala la académica que la reforma de la norma actual debiera apuntar a reforzar la adopción de acuerdos entre los padres, sin establecer reglas supletorias; si no existe acuerdo, debiera ser el juez el llamado a decidir teniendo como consideración primordial el interés del hijo. Refiere además que dentro de los elementos que el Juez debiera ponderar conjuntamente al decidir sobre la titularidad del cuidado personal y su organización debería incluirse la posibilidad de que éste sea compartido. Enumera algunos elementos:

1. Vinculación afectiva entre el hijo o hija con cada uno de los padres y demás personas con las que el hijo o hija tenga relación de confianza;
2. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo o hija y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad;
3. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo o hija, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones con sus dos padres;
4. El tiempo que cada uno de los padres había dedicado a la atención del hijo o hija antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles bienestar;
5. La voluntad expresada por el hijo o hija;
6. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;
7. La ubicación geográfica de los domicilios de los padres y los horarios y actividades del hijo o hija y de sus padres;
8. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar, y
9. Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante atendido el interés superior del hijo o hija.

El proyecto de Ley propone sustituir el artículo 225 del Código Civil relativo a cómo se resuelve el cuidado personal de los hijos tras la separación de los padres.

En el Código Civil el artículo mencionado establece en primer lugar a la madre, luego se remite al acuerdo entre las partes y en ausencia de los dos primeros a la decisión del Juez.

El proyecto de Ley en cambio propone que prime el acuerdo entre las partes, y si éste no pudiere ser logrado que decida el juez teniendo como base primordial el interés superior del niño.

La redacción del proyecto que se encuentra en discusión y que ha tenido numerosas indicaciones dice así: "En cuanto al cuidado personal del menor, en caso de que los padres vivan separados, podrán proponer mediante escritura pública o acta extendida ante Oficial de Registro Civil, a quien corresponderá el cuidado personal del niño o el modo en que éste se ejercerá entre ellos cuando opten por cuidarlos en forma compartida. A falta de un acuerdo, será un juez el que decida quien tendrá el cuidado del menor, atendiendo siempre al interés superior del niño."

El actual gobierno, por su parte, mantiene como argumentos para oponerse a la iniciativa, en síntesis, los siguientes:

1. Invoca la necesidad de seguridad y certeza para los hijos, respecto de donde y con quienes seguirán viviendo, velando siempre por el interés superior del niño;
2. Hace presente reconocer la realidad del país en que son las madres quienes más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar en que ellos viven, según el informe elaborado por el Ejecutivo de junio de 2011, y
3. Esgrime que la propuesta tendría como consecuencia una judicialización inmediata para determinar a quien debiera entregarse el cuidado personal de los hijos, con el dolor que ello trae aparejado en éstos cuya inestabilidad se vería aumentada con la incertidumbre respecto del padre con quien vivirían y el lugar en que lo harían.

El contraargumento que se entrega por los propiciadores del proyecto es que en las familias monoparentales son frecuentes los cambios de domicilio por parte del progenitor custodio, que apartan al niño de su entorno, su colegio y su comunidad. Esto no pasaría en una tuición compartida pues ninguno tendría la "propiedad" sobre el hijo y el derecho de llevarlo de un lado para el otro a su antojo, sin el consentimiento del otro progenitor la ratificación del juez. Antes bien prevalecería el arraigo en el interés del niño y los cambios de residencia de los padres y sus desplazamientos para ejercer su deber y su derecho de convivencia con el niño correrían por cuenta del progenitor que se desplace y no debieran repercutir en la estabilidad del niño.

#### **4. A modo de conclusion**

Si bien en Chile aún no existe una normativa que adecúe la legislación nacional a la Convención en materia de cuidado personal y coparentalidad, la iniciativa parlamentaria mencionada ha tenido el mérito de abrir el espacio para un debate parlamentario y de la sociedad sobre este tema. Sin embargo existen aún dos tendencias que si bien es cierto invocan el interés superior del niño, son contradictorias en cuanto a la discriminación de los padres. Una de ellas mira con mejores aptitudes a la madre para tener el cuidado personal del niño y la otra considera que ambos padres están en igualdad de condiciones para tenerlo. Por otra parte ambas propuestas coinciden en que la mejor solución para el niño es el acuerdo entre los padres y permiten que se establezca la tuición compartida si tal acuerdo se produce.

También ambas propuestas coinciden en que deben tomarse medidas legislativas concretas tendientes a evitar que el padre que tiene el cuidado personal del hijo obstruya y obstaculice la relación directa y regular con el padre no custodio como mecanismo para obtener beneficios económicos o por otras causas ilegítimas, lo que afecta el adecuado desarrollo del hijo y el derecho del padre no custodio.

El debate abierto con el proyecto de ley ha sido interesante en la medida que permite la expresión de intereses diferentes. Ha emergido sobretudo la visión de quienes reclaman igualdad de derechos para el cuidado de los menores y que alegan ser desplazados de dicha potestad y aún discriminados negativamente frente a las mujeres, reclamos que se efectúan tanto respecto de la legislación como respecto de sentencias judiciales específicas.

No obstante, y respetando los justos y legítimos sentimientos de los padres sobre el cuidado de sus hijos, debiera quedar claro sobre éste y otros temas que se refieren a los niños que para resolver sobre cambios legislativos o en casos concretos sometidos a la decisión jurisdiccional, no es el interés de los padres aquél que los legisladores o los jueces deben considerar en primer término, sino, claramente el motivo fundamental de la justicia de Menores y/o de Familia, debe ser el interés superior del niño.

#### **Bibliografía**

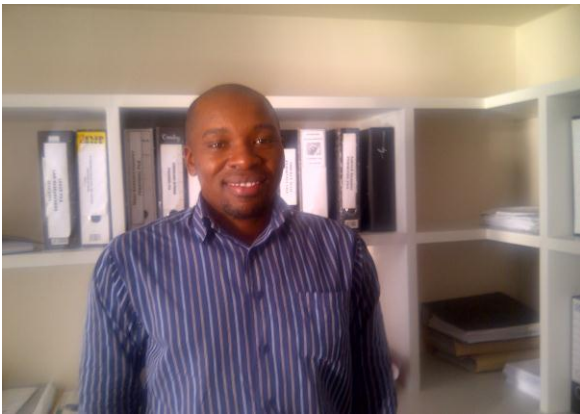
1. [Biblioteca del Congreso Nacional de Chile](#).
2. Derecho de Familia. Serie de Jurisprudencia. Editorial Metropolitana. Santiago, año 2010.
3. Instituto Chileno de Terapia Familiar: Revista de Familias y Terapias, año 17, N°27, agosto de 2009 Santiago.
4. VELOSO, P., directora, Derecho de Familia. Tratado de Jurisprudencia y Doctrina, Santiago. Editorial PUNTOLEX.S.A, año 2010.

**Gabriela Ureta** es abogada, licenciada U. de Chile; docente de la Academia Judicial de Chile; Juez de Familia desde diciembre del 2005; Juez de Menores de 1994 a 2005; Presidenta de la Asociación de Jueces de Familia de Chile; integra el Consejo de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (sede en Suiza) y el Comité Editorial de la Revista Internacional "Crónica".

Sus opiniones se vierten a título personal y no involucran posiciones institucionales.

## La preeminencia del interés superior del niño: un caso del Tribunal Superior de Sudáfrica

Njongo Mgobozi



MM (el “Demandante”), presentó una demanda urgente contra AV (la “Demandada”) solicitando la confirmación de sus derechos y responsabilidades parentales sobre el niño M, nacido fuera de matrimonio el 6 de mayo de 2000. La Demandante solicitó la reparación de sus derechos bajo los términos de la Ley del Niño N° 38 de 2005. La Demandante solicitó al tribunal una orden que determine que a él y a la Demandada les corresponden derechos y responsabilidades parentales compartidos sobre el niño, lo que incluye sus derechos respecto de la tutela compartida y la confirmación de su derecho a ejercer cuidados y mantener contacto con el menor, obligando a la Demandada a realizar un plan parental conjunto con él. La Demandada se opuso a la petición.

### Antecedentes del caso

Ambas partes sostuvieron que no tenían recuerdos de la noche en que M fue concebido debido a sus respectivos estados de intoxicación en el momento de la concepción. Se llevó a cabo una prueba de paternidad, que reveló que el Demandante es el padre biológico de M. Desde ese momento, el Demandante mantuvo una relación de paternidad compartida con la Demandada, se comprometió con la crianza de M y participó de todas las decisiones concernientes a M.

Surgió una disputa respecto del contacto del Demandante con M durante las vacaciones escolares de diciembre de 2009 y enero de 2010, que concluyó con la presentación de la demanda urgente. Al oponerse a la petición del Demandante, la Demandada sostuvo que el caso no era urgente y planteó algunos puntos *in limine*, a saber:

1. que el Demandante, si bien es el padre biológico de M, queda comprendido en las cláusulas de excepción de la definición de ‘padre’ estipuladas en el artículo 1 de la Ley del Niño y que, dado que el niño fue concebido en circunstancias en las que la Demandada no podría haber accedido a tener relaciones sexuales con el Demandante, el niño tuvo que ser concebido como resultado de una violación. Por tal motivo, alegaba que el Demandante no podía ejercer derechos o responsabilidades parentales;
2. que incluso si el tribunal se inclinara a favor del Demandante sobre el primer punto, la Demandada no podía ser obligada a pactar un plan parental con el Demandante.

### Sentencia

Para determinar la cuestión de la urgencia, el tribunal tomó en cuenta la Regla 6 de las Reglas Uniformes de los Tribunales Superiores, que establece, entre otras cosas, lo siguiente:

*“En las demandas con carácter urgente los tribunales o los jueces pueden prescindir de las formalidades establecidas en estas Reglas y disponer del caso en el plazo, el lugar y de la manera que considere convenientes (que resulten admisibles en los términos de las presentes).”*

El tribunal tomó en cuenta el artículo 6(4) de la Ley del Niño, que dispone:

*“6(4) En cualquier caso referido a un niño:*

- (a) *se debe tomar un enfoque que resulte conducente para la reconciliación y la resolución de problemas y evitar cualquier enfoque confrontativo; y*
- (b) *se debe evitar cualquier demora en las acciones o decisiones en la medida de lo posible”.*

Además del artículo 6(4) de la Ley del Niño, el tribunal tuvo en cuenta el artículo 173 de la Constitución de la República de Sudáfrica que dispone: *El Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Apelaciones y los Tribunales Superiores tienen la facultad inherente de proteger y regular sus propios procedimientos y de sentar precedentes tomando en cuenta los intereses de la justicia.*

El tribunal sostuvo que esto incluye determinar si una causa reviste el carácter de urgente o no. Además, el tribunal tomó en cuenta el fallo del caso *Commissioner, SARS vs. Hawker Air Services (Pty) Ltd* 2006 (4) SA 292 (SCA), 299G-H, que sostenía:

*‘La urgencia es una razón que puede justificar alejarse de los plazos y formalidades prescriptos en la norma. Esto se refiere a la forma, no al fondo, y no es condición para solicitar una reparación sustantiva. Cuando se presenta una petición alegando urgencia, las reglas del tribunal pueden permitir que un tribunal o un juez de cámara prescindan de la aplicación de las formalidades y de las notificaciones requeridas habitualmente y dispongan según lo consideren conveniente.’*

Tomando en cuenta lo que antecede, el tribunal expresó enfáticamente la visión de que *todas las cuestiones relativas a los niños son urgentes por naturaleza.*

Antes de que el tribunal pudiera abordar la evidencia en forma plena, consideró necesario establecer los antecedentes respecto del estatus legal de los padres no unidos por vínculo matrimonial según la legislación sudafricana. Señaló que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Padres Naturales de Niños Nacidos fuera del Matrimonio, Ley N° 86 de 1997, (*“la Ley de Padres Naturales”*), estos padres estaban obligados, según los precedentes del *common law*, a presentarse ante el Tribunal Superior, por revestir dicho tribunal el carácter de tutor de todos los niños menores, para que le otorgue derechos respecto de un niño nacido fuera del matrimonio. Cuando se planteaban diferencias respecto del derecho del padre, el tribunal debía determinar qué derechos serían ejercidos por el padre y el ejercicio de dichos derechos era llamado esencialmente “plan parental”.

En los párrafos 29 a 31 de la sentencia, el tribunal manifestó:

*“[29] Con la sanción de la Ley de Padres Naturales, a estos padres se les asignó, por ley, legitimación procesal para peticionar ciertos derechos respecto de sus hijos nacidos fuera de matrimonio. Una vez más, en caso de que no se llegara a un acuerdo con la madre del niño, se estableció que el tribunal debía determinar qué derechos otorgar al padre. De modo similar, si se plantea una disputa respecto de la forma de ejercer dichos derechos, el tribunal debe tomar la determinación e impartir una orden fijando de qué manera se ejercerán dichos derechos; una vez más, un ‘plan’ en el que se determinará cómo ejercer los derechos parentales.*

*[30] El artículo 21 de la Ley del Niño, de modo similar, dispone que los padres de niños nacidos fuera de matrimonio deben acordar un plan parental. Cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo directamente o a través de mediadores, ambas partes tienen derecho de presentarse ante un tribunal para que éste determine cómo ejercerán sus derechos y responsabilidades parentales.*

*[31] Por lo tanto, las disposiciones del artículo 21 de la Ley del Niño no son una novedad: simplemente sirven para ‘tipificar’ la condición legal que ya tenían. Lo que es importante señalar es que esto es totalmente coherente con el principio del ‘interés superior del niño’ consagrado por la Constitución de la República de Sudáfrica. El artículo 28 de la Constitución establece que en todas las cuestiones relativas a un niño, el interés superior del niño es el que debe prevalecer, y todo niño tiene derecho a recibir cuidados parentales. En mi opinión, estas disposiciones reconocen al tribunal como tutor supremo de todos los niños menores y, como tal, exigen que ponga el interés superior del niño y los derechos de los niños por encima de los de los padres (...)*”

Luego, el tribunal abordó los puntos planteados por la Demandada.

Con respecto al primer punto, el tribunal sostuvo que no era necesario tomar una determinación de tipo global respecto de si correspondía aplicar la cláusula de excepción del artículo 1 de la Ley del Niño.

Al determinar si el argumento de la Demandada tenía mérito, el tribunal examinó el texto del artículo 21 de la Ley del Niño, que dispone:

- “21 Responsabilidades y derechos de los padres no unidos por vínculo matrimonial*
- (1) Los padres biológicos que no tienen responsabilidades y derechos parentales respecto del niño bajo los términos del artículo 20 [por ej., cuando un niño nace dentro del marco de un matrimonio], adquieren automáticamente plenas responsabilidades y derechos parentales respecto del niño:*
    - (a) si al momento del nacimiento del niño conviven con la madre en forma permanente; o*
    - (b) si, independientemente de convivir o no con la madre:*

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- (i) *aceptan ser identificados o solicitan y se les concede, bajo los términos del artículo 26, ser identificado como el padre del niño o pagan una compensación por daños bajo los términos del derecho consuetudinario;*
- (ii) *contribuyen o intentan contribuir de buena fe con la crianza del niño durante un período razonable; y*
- (iii) *contribuyen o intentan contribuir de buena fe con los gastos de manutención del niño durante un período razonable de tiempo.*
- (2) *Este artículo no afecta el deber de un padre de contribuir con la manutención del niño.*
- (3)(a) *Si se plantea una disputa entre el padre biológico según lo señalado en el inciso (1) y la madre biológica del niño respecto del cumplimiento por parte del padre de las condiciones establecidas en el inciso (1) (a) o (b), la cuestión debe ser dirimida por mediación de un abogado experto en asuntos de familia, trabajador social, profesional de servicios sociales u otro profesional calificado.*
- (b) *Las partes de una mediación tienen derecho a someter el fallo de la mediación a la consideración de un tribunal.*
- (4) *Las disposiciones de este artículo son aplicables, independientemente de si el niño nació antes o después de la entrada en vigencia de esta Ley."*

El tribunal estudió además los antecedentes de la relación de las partes y la relación que MMantenía con el Demandante. El tribunal determinó que desde la concepción de M la Demandada había tratado al Demandante no sólo como padre biológico de M sino que también que durante dicho período había reconocido plenamente sus derechos y responsabilidades parentales.

El tribunal sostuvo además que, al determinar si el Demandante quedaba comprendido en las cláusulas de exclusión del artículo 1 de la Ley del Niño, el punto de partida era la Constitución de la República de Sudáfrica, y en particular el artículo 28(1) que establece los derechos del niño; el artículo 28(2) que dispone que *"El interés superior del niño tiene preeminencia en cualquier asunto concerniente al niño"*; el artículo 10 que dispone que *"Todos tienen la dignidad inherente y el derecho a que se les respete y proteja su dignidad"*; y el artículo 36 que establece las circunstancias bajo las cuales se pueden limitar legalmente dichos derechos en el sentido que se expresa a continuación:

- "(1) Los derechos establecidos en la Carta de Derechos pueden verse limitados sólo bajo los términos de las leyes de aplicación general, en la medida en que dicha limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática, sobre la base de la dignidad humana, la igualdad y la libertad (...);
- (2) Con excepción de lo dispuesto en el [inciso \(1\)](#) o en cualquier otra disposición de la [Constitución](#), ninguna ley podrá limitar los derechos dispuestos en la Carta de Derechos".

Además, se le solicitaba al tribunal que confirmara los derechos contrapuestos de M por un lado y los de la Demandada por el otro. Para esto el tribunal analizó el artículo 6 de la Ley del Niño, que dispone que los tribunales, en todos los procedimientos relativos a un niño, *"entre otras cosas, deben respetar, promover y hacer valer los derechos del niño establecidos en la Carta de Derechos, las normas relativas al interés superior del niño (...) y los derechos y principios establecidos en esta Ley, sujetos a cualquier limitación legal aplicable"* y el fallo de J vs. J 2008 (6) SA 30 (CPD) que en 37D a 38A señalaba:

*"Como tutor supremo de todos los menores, este tribunal tiene la facultad y la obligación de considerar y evaluar todos los datos relevantes que se le presenten con miras a decidir la cuestión de primordial importancia: el interés superior del niño ... (en referencia al caso Terblanche vs. Terblanche 1992 (1) SA 501 (W) en 504C). Cuando un tribunal actúa como tutor supremo de un niño en un caso de tenencia, tiene amplísimas facultades para determinar qué es lo que promueve el interés superior del niño o de los niños dependientes (...) En AD & DD vs. DW & Others (Centre for Child Law as Amicus Curiae; Department for Social Development as Intervening party) 2008 (3) SA 183 (CC) (...) el Tribunal Constitucional ratificó esta postura (...) de que el interés de los niños no debe "quedar prisionero de detalles legales" y sostuvo que en el caso que se estaba tratando, el interés superior del niño "no debía quedar mecánicamente subordinado a los formalismos jurisdiccionales".*

El tribunal concluyó que la respuesta a la cuestión del 'equilibrio de derechos' se podía encontrar en la autoridad de S vs. M 2008 (3) SA 232 (CC), donde el Tribunal Constitucional, en el párrafo 244 E -246C dispone lo siguiente (para fines de brevedad, el tribunal citó el resumen de lo que se establece en el artículo 244 E -246C, convenientemente parafraseado en la nota especial en 233H-234A):

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

*“El ámbito del artículo 28 de la Constitución era indudablemente amplio. El lenguaje amplio y enfático utilizado en esta sección indicaba que, del mismo modo que la ejecución de la ley debe ser siempre sensible a las cuestiones de género, también debe ser sensible a las necesidades especiales de los niños, y por tanto, las leyes deben ser siempre interpretadas y el derecho común construido de manera tal que favorezca la protección y la promoción de los intereses de los niños; y los tribunales deben aplicar el debido respeto a los derechos de los niños. El artículo 28 también debe ser interpretado como una respuesta amplia a las obligaciones internacionales de Sudáfrica como Estado Parte de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. Los cuatro grandes principios de esta convención que, como moneda de cambio internacional, guió todas las políticas relativas a los niños en Sudáfrica, fueron: la supervivencia, el desarrollo, la protección y la participación. El elemento que unió estos principios, y que estaba en el centro del artículo 28, era el derecho del niño a ser un niño y a recibir cuidados especiales. Cada niño tiene su propia dignidad; cada niño fue concebido por los principios constitucionales como un individuo con una personalidad propia y no debe ser tratado como una mera extensión de sus padres. El carácter inusualmente abarcativo y emancipatorio del artículo 28 presupone que los tropiezos y traumas de los padres y las madres no deben recaer sobre sus hijos”.*

(El tribunal subrayó este párrafo en particular para indicar énfasis).

Después de contemplar la evidencia, el tribunal desestimó el primer punto planteado por la Demandada.

Luego, el tribunal pasó a examinar el segundo punto planteado por la Demandada. En este punto, la Demandada se basó exclusivamente en el artículo 22 de la Ley del Niño, que sostiene que una persona que ejerce derechos y responsabilidades parentales, en este caso la Demandada, puede celebrar un acuerdo (plan parental) con el padre biológico de un niño que de otro modo no podría ejercer tales derechos. La evidencia demuestra que el Demandante ya había adquirido dichos derechos en virtud del artículo 21 de la Ley.

El tribunal, por lo tanto, determinó que no se podía aplicar el artículo 22 en este punto. Determinó que los artículos aplicables eran el 33(2), que señala que:

*“Sujeto a lo dispuesto en el [artículo 129](#), una persona a la que se hace referencia en el [inciso \(1\)](#) puede ejercer todas las responsabilidades y los derechos razonablemente necesarios para cumplir con el [inciso \(1\)](#), incluyendo el derecho a otorgar su consentimiento para cualquier examen o tratamiento médico del niño si dicho consentimiento no puede ser razonablemente obtenido del otro padre o tutor legal del niño”; y el artículo 33(5), que dispone que “En la elaboración de un plan parental según lo contemplado en el [inciso \(2\)](#), las partes deben procurar:*

- (a) la asistencia de un abogado de familia, trabajador social o psicólogo; o*
- (b) mediación a través de un trabajador social u otra persona debidamente calificada”.*

Por lo tanto, el artículo 33(2) se aplica a los padres que ya ejercen conjuntamente los derechos y responsabilidades parentales, en tanto el artículo 33(5) describe qué es lo que se requiere para que los padres celebren un acuerdo de plan parental. Además, el tribunal sostuvo que aunque el artículo 33 de la Ley del Niño fue promulgado el 1 de abril de 2010, debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 24(1) que permite que se aplique el artículo 33 de la Ley del Niño en forma retroactiva.

El tribunal se refirió luego a los principios relativos a los niños y, al hacerlo, se basó en el artículo 28(2) de la Constitución y el artículo 3(1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a la que Sudáfrica adhirió el 29 de enero de 1993, ratificándola el 16 de junio de 1995.

El tribunal señaló que hoy en día el principio del ‘*interés superior del niño*’ está profundamente establecido en nuestra legislación, tanto en la jurisprudencia como en las leyes escritas, y que la Ley del Niño pone un énfasis significativo en la participación del niño en las decisiones relativas a su cuidado y bienestar.

Ampliando lo antedicho, el tribunal mencionó a diversas autoridades que se han referido a este principio, que figuran en los párrafos 90 a 92 de la sentencia del tribunal, donde dijo:

“[90] Se señalaba en el caso *Terblanche vs. Terblanche* 1992 (1) SA 502 (W) en 504C-D que el tribunal tiene ‘poderes amplísimos para establecer qué es lo que promueve el interés superior de los niños dependientes. No está atado a las limitaciones procesales ni a las limitaciones impuestas por la evidencia presentada o por los argumentos planteados por las partes. Puede, en efecto, ampararse en cualquier fuente de información, de cualquier naturaleza, que pueda asistirlo en la resolución de las disputas relacionadas con la tenencia del niño o cualquier otra disputa vinculada con el bienestar del niño’.

[91] En *September vs. Karriem* 1959 (3) SA 687 (C) en 689A Herbstein, A J P sostenía:

*‘Si el tribunal considera que debería interferir con los derechos de los padres porque el interés superior del niño requiere tal interferencia, debería tener discrecionalidad para actuar de la manera que mejor permita promover dichos intereses’.*

Señaló además: *‘Considero que el tribunal, como tutor supremo, debería tener acceso a la información más completa posible sobre la situación del niño y sus necesidades. No se debería excluir ningún elemento de relevancia. Si bien algunos aspectos tomados en forma individual pueden parecer no tener ninguna importancia real, en forma conjunta podrían representar fuerte evidencia en favor de una conclusión u otra’.*

[92] En *B vs. S* 1995 (3) SA 571 (A) en 581A, Howie JA se refirió a *Re KD (un menor) (tutela: prohibición de acceso)* [1998] 1 All ER 577 (HL) en 588g-j, y citó en forma aprobatoria:

*‘En las sociedades más civilizadas generalmente se considera que la paternidad confiere a los padres el exclusivo privilegio de disponer, dentro de la familia, sobre la crianza de los niños de corta edad, con todo lo que esto significa. Este es un privilegio que, si se obstaculiza sin la autoridad para hacerlo, estaría protegido por los tribunales, pero es un privilegio circunscripto por muchas limitaciones impuestas tanto por la legislación general -cuando las circunstancias así lo demandan- por los tribunales o por las autoridades a quienes la legislatura ha impuesto el deber de supervisar el bienestar de los niños y los jóvenes. Cuando se invoca la competencia del tribunal para proteger los derechos del niño, los derechos parentales no se extinguen. No obstante, quedan inmediatamente subordinados a la consideración primordial que el tribunal siempre tiene en mente: el interés superior del niño’.*

Y además (en referencia a los derechos de contacto), establece que:

*‘Independientemente de cuál sea la posición legal del padre, y sin importar si se indica que él o ella tiene un ‘derecho’ o un ‘reclamo’ por ley de la naturaleza o como cuestión de sentido común, está perfectamente claro que cualquier ‘derecho’ atribuido a él o ella debe orientarse al bienestar del niño’.*

[93] La *Ley de las Personas de Boberg*, en la página 319, nota al pie 17, establece que:

*‘En Sudáfrica se reconoce desde hace mucho tiempo que la facultad parental (o “tutela natural”) se refiere más a las obligaciones y responsabilidades de los padres que a los derechos y facultades de los padres: en estos tiempos se pone el énfasis en los derechos e intereses de los niños por encima de los derechos e intereses de los padres’.*

En conclusión, el tribunal señala que el texto de la ley es claro, que el interés del niño tiene preeminencia y que todas las cuestiones relativas al niño y al interés del niño tienen preeminencia por sobre el interés de los padres. El tribunal determinó que la Demandada podría ser obligada a celebrar un acuerdo de plan parental con el Demandante e impartió una orden detallada a tal efecto, estableciendo cómo se implementaría dicho plan en función de las pruebas disponibles.

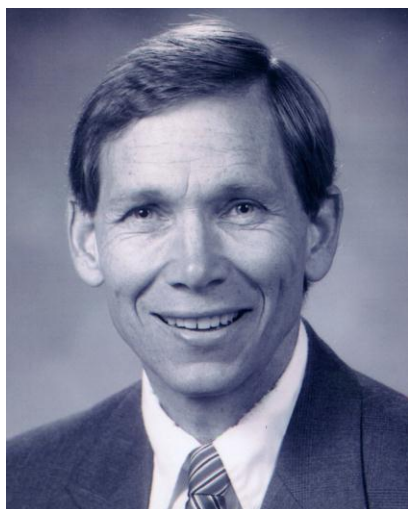
**Njongo Mgobozi** es Investigador Jurídico Superior ante el Tribunal Superior de El Cabo Occidental.

Correo electrónico: [NjMgobozi@justice.gov.za](mailto:NjMgobozi@justice.gov.za)

El texto completo de la sentencia de la Jueza a cargo, J I Cloete, dictada el 23 de noviembre de 2010 y el 16 de noviembre de 2011, está disponible en idioma inglés a través de la Editora en Jefe.

## Asignación de niños al cuidado de parientes

Juez (retirado) Len Edwards



A principios del siglo XXI, aproximadamente 500.000 niños maltratados o abandonados vivían fuera de sus hogares bajo cuidados de terceros.<sup>1</sup> Si sumamos a este dato la disminución en la disponibilidad de hogares de crianza, que hasta hace poco tiempo constituían la base del sistema de cuidados fuera del hogar,<sup>2</sup> la cuestión de la modalidad de asignación de los niños para cuidados de crianza adquiere una enorme importancia. Los estados y el gobierno federal, por diversas razones, han adoptado una nueva modalidad: la asignación de los niños al cuidado de familiares.<sup>3</sup> La disminución en la cantidad de hogares de crianza disponibles, el creciente número de niños que necesitan cuidados fuera del hogar, el cambio de actitudes para con los familiares a cargo del cuidado y el nivel de litigiosidad existente, han conducido a un significativo y repentino cambio en las políticas de estado y a un notorio aumento de los casos de asignación de los niños al cuidado de familiares.<sup>4</sup> Como señaló un director de uno de los servicios de bienestar: “el recurso de asignar los niños al cuidado de familiares se está imponiendo tan rápidamente que las agencias de bienestar de niños se han visto obligadas a elaborar políticas y programas y a tomar decisiones sin contar con el beneficio de una base significativa de conocimientos basados en las mejores prácticas.”<sup>5</sup>

Aparentemente, las iniciativas promovidas por familiares generaron cambios legislativos. Por ejemplo, en 1986, a instancias de varias organizaciones de familiares, un legislador del Estado de California propuso un proyecto de ley (AB 2645) tendiente a dar preferencia a los familiares cuando se separa a un niño del cuidado de los padres.<sup>6</sup> El autor sostenía que estos niños terminaban en hogares sustitutos u hogares de crianza sin que se preste suficiente consideración a los familiares capaces de brindarles cuidado. El autor y los patrocinadores de la ley consideraban que mantener a los niños dentro del contexto familiar en lugar de exponerlos al trauma de tener que convivir con extraños es una forma de preservar el interés superior del niño.<sup>7</sup> El autor señaló además que los niños que han estado en hogares de crianza “manifiestan severos problemas emocionales y de conducta” y concluyó que “frecuentemente la experiencia de vivir en lugares de crianza resulta más traumática que la situación original en el hogar”. En el momento en el que se aprobó la ley en California, aproximadamente 9% a 15% de todos los niños separados de sus hogares estaban bajo el cuidado de familiares.<sup>8</sup> El proyecto recibió fuerte apoyo de los grupos de defensa de familiares y la ley fue sancionada sin recibir gran oposición.

El término “pariente” no tiene un significado preciso, y cada estado lo define de manera algo diferente. Muchos estados adoptan una definición amplia de cuidado a cargo de familiares y “generalmente la definición incluye familiares por consanguinidad, por vínculos políticos o adopción, de primero a quinto grado.”<sup>9</sup> Estadísticamente, las abuelas maternas son las que reciben la mayor cantidad de niños separados de sus padres, pero otros familiares tienen un rol muy importante en la vida de estos niños.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> AB 2645 (En el archivo de proyectos de ley de la comisión de asuntos jurídicos del senado del Estado de California (1986) (MF6:1(75))).

<sup>7</sup> *Id.* en 155.

<sup>8</sup> *Id.* en 119.

<sup>9</sup> *Placement of Children With Relatives: Summary of State Laws* (Child Welfare Information Gateway, U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau, 2008), at [www.childwelfare.gov](http://www.childwelfare.gov), at 2; J. Gleeson & L. Craig, *Kinship Care in Child Welfare: An Analysis of States' Policies*, 16 CHILD AND YOUTH SERVICES REVIEW, 7-31 (1994) en 15-16.

<sup>10</sup> L. Ehrle & R. Geen, *Kin and Non-kin Foster Care: Conclusiones de una encuesta nacional*, 24 CHILDREN AND YOUTH SERVICES REVIEW (2002) en 15-35.

<sup>1</sup> Children in the United States, op.cit. nota 1.

<sup>2</sup> KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE (Child Welfare League of America, Washington, DC, 1994) en 17 [en adelante KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE]; J. D. BERRICK, TAKE ME HOME: PROTECTING AMERICA'S VULNERABLE CHILDREN AND FAMILIES (Oxford U. Press, 2009) en 67 [en adelante TAKE ME HOME].

<sup>3</sup> Informe al Congreso, op.cit. nota 30.

<sup>4</sup> *Id.* en 9.

<sup>5</sup> *Id.* en 11.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Algunos estados sancionaron una legislación especial para niños nativos norteamericanos que dispone que la corte debe considerar a los miembros de su tribu como parte de la familia extendida a los fines de asignación para el cuidado.<sup>11</sup>

La ley federal sobre bienestar de los niños nativos norteamericanos "Indian Child Welfare Act" (ICWA) de 1978 otorga prioridad a la ubicación de los niños nativos con sus familiares y prevalece por sobre la legislación estatal.<sup>12</sup> Poco tiempo después de su aprobación, algunas legislaturas estatales redactaron leyes que establecían que se debe otorgar preferencia a los familiares para cuidar a los niños separados del cuidado de sus padres. Antes de 1980, los estados rara vez entregaban a los niños a sus familiares para su cuidado,<sup>13</sup> pero ahora casi todos los estados han aprobado leyes que otorgan preferencia a los familiares para el cuidado de los niños.<sup>14</sup>

El gobierno federal avanzó más lentamente en el otorgamiento de preferencia a los familiares como política general, fuera de lo dispuesto por la ley sobre niños nativos norteamericanos "Indian Child Welfare Act". La Ley sobre Asistencia para la Adopción y Bienestar de los Niños de 1980 dispone que cuando se separa a los niños de sus padres y se los entrega para custodia a una agencia de bienestar, el estado debe asignarlos a "la alternativa menos restrictiva disponible."<sup>15</sup> Algunos analistas interpretaron que esta disposición incluía a los familiares, pero recién en junio de 1987 la Administración Federal de Niños, Jóvenes y Familias emitió el comunicado público ACYF-PA-8702 que establece que las disposiciones federales deben incluir el término "hogares de crianza con parientes." La Ley de Adopción y Familias Seguras de 1997 (ASFA) otorga mayor importancia a los familiares como opción para el cuidado de los niños. Declara que la asignación de niños para recibir el cuidado de familiares es un plan permanente de cuidado por parte de "familiares aptos y dispuestos", sin mediar relación de adopción o tutela, y autoriza el otorgamiento de beneficios financieros para promover este esquema.<sup>16</sup>

La primera ley federal en asignar *preferencia* al cuidado de familiares dentro del sistema de cortes estatales fue la "Ley de Responsabilidad Personal y Oportunidades de Trabajo de 1996"<sup>17</sup> que establece que "el estado considerará la posibilidad de otorgar preferencia a un cuidador familiar adulto respecto de una persona que no sea familiar en el momento de decidir la ubicación de un niño, siempre que el familiar cumpla con los requisitos aplicables a la protección de los niños."<sup>18</sup>

El éxito del cuidado por parte de familiares depende en gran medida del apoyo financiero del gobierno federal. Muchos estados disponen un menor nivel de apoyo financiero a los familiares en comparación con los que otorga a personas a cargo del cuidado de niños sin tener vínculos familiares<sup>19</sup>, con el argumento de que los familiares deben cuidar a los niños por amor más que por disposición del estado.<sup>20</sup> En el caso *Millerv. Youakim* (1979), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que los familiares tienen derecho a los mismos beneficios federales para el cuidado de los niños que los hogares de personas que no son familiares si el caso reúne las condiciones para el reembolso federal bajo el Programa de Cuidados de Crianza AFDC-Foster Care Program (título IV-E-niños elegibles).

La política de asignación del cuidado a familiares parece reflejar la tendencia de las familias norteamericanas que sin intervención del estado encomiendan los niños al cuidado de parientes.<sup>21</sup> Cuando los padres no pueden o no están dispuestos a criar a sus hijos, es muy frecuente que recurran a sus familiares para que los asistan. Muchos abuelos, y abuelas maternas en particular,<sup>22</sup> se hacen cargo del cuidado de sus nietos cuando los padres no lo pueden hacer. En la actualidad hay aproximadamente 2.500.000 niños a cargo del cuidado de sus abuelos en los Estados Unidos, la gran mayoría por acuerdos informales o de orden privado.<sup>23</sup>

11 Placement of Children With Relatives; Resumen de leyes estatales, op.cit. nota 40.

12 Indian Child Welfare Act of 1978, 25 U.S.C. 1901-1963, artículos 1903, 1915 (b).

13 Informe al congreso, op.cit. nota 30 en 5; Kinship Care, op.cit. nota 4 en 25.

14 Allen et al., op.cit. nota 40 en 5.

15 P.L. 96-272, 42 U.S.C. § 675 (5)(A).

16 P.L. 105-89, 42 U.S.C. §§ 621 et. seq; Kinship Care, op.cit. nota 4 en 10.

17 P.L. 104-193, 42 U.S.C. § 621 (5)(A).

18 Id.

19 Placement of Children With Relatives, op.cit. nota 40.

20 *Extended Families Help Children Avoid Foster Care, But States Offer Limited Assistance to Kids and Kin*, CHILD TRENDS E-NEWSLETTER, Feb. 24, 2009, [haga clic aquí](#).

21 A. Jantz, R. Geen., R., Bess, C. Andrews, & V. Russell, *The Continuing Evolution of State Kinship Care Policies* (The Urban Institute, Washington, DC, 2002).

22 TAKE ME Home, op.cit. nota 32 en 69.

23 Censo de los Estados Unidos, 2000; *Grandfacts, A State Fact Sheet for Grandparents and Other Relatives Raising Children*, [haga clic aquí](#).

En los últimos años la cantidad de niños asignados al cuidado de parientes en el sistema de bienestar ha aumentado tanto que actualmente, en algunos estados, hay más niños al cuidado de familiares que en hogares de crianza.<sup>24</sup>

A partir de 2009, los cambios de políticas a nivel nacional y en la mayoría de los estados favoreció el modelo de asignación a familiares respecto de los modelos tradicionales de cuidados de crianza.<sup>25</sup> Además, la política de dar preferencia a los familiares está recibiendo mayor atención que en la década anterior. Un informe al congreso presentado en 2000 por el Departamento de Salud y Servicios Humanos concluyó que “[s]e debe considerar a los familiares como un recurso potencial para lograr la seguridad, la permanencia y el bienestar de los niños.”<sup>26</sup> La Ley de 2008 “Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act” (Alentar los vínculos para favorecer el éxito y aumentar la cantidad de adopciones)<sup>27</sup> enfatiza la identificación y la búsqueda de colaboración de las familias extendidas cuando se retira a los niños del cuidado de sus padres.<sup>28</sup> Además, el Análisis de los Servicios para Niños y Familias (CFSRs), un análisis que hace el gobierno federal sobre las prácticas de bienestar de niños de los estados, pone especial atención en la participación de las familias para la protección de los niños.

### **¿Qué es lo que provocó la renuencia de las agencias de bienestar de niños y de los legisladores a favorecer la ubicación de los niños con familiares?**

Hay varias explicaciones de por qué las políticas estatales y federales no favorecían la ubicación de los niños con familiares antes de 1980. Algunos formuladores de políticas consideraron el viejo adagio “la manzana no cae lejos del árbol,” que significa que cuando los padres abandonan o maltratan a un niño, la familia extendida también debe tener problemas significativos que le podrían impedir brindar cuidado y afecto.<sup>29</sup>

Algunos formuladores de políticas consideraron que las familias extendidas deben haber tenido conocimiento del maltrato o abandono de los padres y que hicieron poco o nada al respecto. Otros se preguntaban si el estado podía confiar el cuidado a una familia que gestó padres maltratadores o negligentes.<sup>30</sup> Más aún, muchos pensaban que, por lo menos en teoría, el cuidado en hogares de crianza era mejor que el cuidado por parte de familiares porque los departamentos de servicios sociales estudian cuidadosamente a los padres de crianza, los capacitan, les brindan apoyo después de la asignación del niño y garantizan la disponibilidad de apoyo financiero. Incluso, algunos formuladores de políticas no confiaban en que los familiares podían brindar apoyo y protección a los niños. Sospechaban que los familiares no creerían en los informes que daban cuenta de las conductas abusivas o negligentes de los padres y podían llegar a facilitar el contacto no autorizado de los padres con los niños. Consideraban además que los padres pueden mostrarse hostiles con los parientes que hicieron la denuncia de maltrato o negligencia a las autoridades.<sup>31</sup> Finalmente, los estudios preliminares demostraron que la asignación del cuidado a familiares significaba con frecuencia que los niños vivieran con cuidadores ajenos, con menores ingresos y peor estado de salud que los niños asignados a familias de crianza sin vínculos familiares.<sup>32</sup> Los estudios demostraron que los familiares que asumen el cuidado de los niños frecuentemente están menos preparados para tratar con niños traumatizados y tienen menos acceso a los servicios de apoyo que les podrían ayudar a cuidar de estos niños.<sup>33</sup> A partir de estos estudios se concluyó que los familiares frecuentemente están menos preparados que los padres de crianza para recibir niños en sus hogares.<sup>34</sup>

<sup>24</sup> J. D. Berrick, B. Needell, & R. Barth, *Kin as a Family and Child Welfare Resource*, en KINSHIP FOSTER CARE: POLICY, PRACTICE AND RESEARCH (R. Hegar & M. Scannapieco eds., Oxford U. Press, 1999) at 179-192, 179; Gleeson & Craig, *op.cit.* nota 40, en 7; *Assessing the New Federalism: Children in Kinship Care*, The Urban Institute, [haga clic aquí](#).

<sup>25</sup> CAL. WELF. & INST. CODE § 361.1(c)(1), 361.3(a).

<sup>26</sup> Informe al Congreso, *op.cit.* nota 30, Part II, at 7.

<sup>27</sup> Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act of 2008, P.L. 110-351 (2008) [en adelante The Fostering Connections Act or The Act].

<sup>28</sup> *Id.* En el artículo 102.

<sup>29</sup> J. D. Berrick, When Children Cannot Remain Home: Foster Family Care and Kinship Care, 8 THE FUTURE OF CHILDREN: PROTECTING CHILDREN FROM ABUSE AND

NEGLECT, Spring 1998, 72-87, at 74; Informe al Congreso, *op.cit.* nota 30 en 17.

<sup>30</sup> TAKE ME Home, *op.cit.* nota 32 en 68.

<sup>31</sup> A. FIELD, PENNSYLVANIA JUDICIAL DESKBOOK, 4TH ED. (Centro de Derecho Juvenil, Filadelfia, 2004) en 167.

<sup>32</sup> R. Geen, The Evolution of Kinship Care Policy and Practice, 14 THE FUTURE OF CHILDREN 131-149 (Winter 2004) en 131-136; Report to the Congress, *op.cit.* nota 30 en 35, 37-38.

<sup>33</sup> *Id.* en 139; Kinship Care, *op.cit.* nota 4, en 6-8; Informe al congreso, *op.cit.* nota 30 en 42, 51.

<sup>34</sup> TAKE ME HOME, *op.cit.* nota 32 en 68; Informe al congreso, *op.cit.* nota 30 en 39.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

A pesar de estos factores, numerosas investigaciones realizadas en los últimos 20 años han demostrado que los niños crecen igual o mejor bajo el cuidado de familiares que bajo el cuidado de padres de crianza. Los estudios han generado consenso respecto de que dar preferencia a los familiares para el cuidado de los niños es una política correcta que debería ser implementada por las agencias de servicios de niños en todo el país. Algunas de las razones por las que se prefiere el cuidado por parte de familiares son las siguientes:

1. Los niños asignados al cuidado de familiares tienen el mismo nivel de seguridad, si no más, que los niños asignados a hogares de crianza.<sup>35</sup>
2. Los formuladores de políticas consideran que "[l]a familia de cualquier niño, independientemente de cómo se defina al concepto de familia... es única y tiene valores, integridad y dignidad."<sup>36</sup>
3. En general, la asignación de los niños al cuidado de los familiares ofrece mayor estabilidad que la asignación al cuidado de familias de crianza,<sup>37</sup> y, si el niño tiene que trasladarse, es más probable que se traslade del hogar de un familiar al de otro familiar.<sup>38</sup>
4. Es más frecuente que los hermanos se mantengan juntos cuando se los asigna al cuidado de familiares,<sup>39</sup> y es más probable que se visiten aunque residan con distintos familiares.<sup>40</sup>
5. Es más probable que los familiares a cargo del cuidado mantengan los vínculos con la familia de origen del niño.<sup>41</sup>
6. Los niños bajo el cuidado de familiares tienen más probabilidades de mantener los lazos con su comunidad, incluyendo su escuela.<sup>42</sup>

7. Los familiares están más dispuestos a adoptar a los niños o ser designados como tutores permanentes cuando los niños no pueden volver con sus padres, pero generalmente necesitan incentivos financieros.<sup>43</sup> No obstante, muchas veces los parientes, particularmente las abuelas maternas, se resisten a la adopción.<sup>44</sup>
8. Los familiares a cargo del cuidado de niños facilitan las visitas de los padres ya que es más probable que promuevan la reunificación y es menos probable que compitan con los padres por la custodia permanente del niño.<sup>45</sup> Además, cuando la corte dictamina que se puede confiar en los familiares, las autoridades o aún los propios familiares, pueden supervisar las visitas de los padres, generalmente en el hogar del familiar.
9. Los familiares están más dispuestos a dedicar tiempo y cuidados a un niño con el que tienen vínculos de sangre. Esto incluye la disposición a cuidar el niño durante todo el tiempo necesario.<sup>46</sup> Algunos investigadores sostienen que el nivel de tratamiento favorable de parte de un familiar depende del grado de relación entre el cuidador y el niño.<sup>47</sup> Cuanto más cercana la relación, mayor será la disposición a invertir tiempo y energía y a dar amor.
10. La ubicación de los niños con familiares generalmente será menos traumática que la ubicación en un hogar desconocido, porque los niños vivirán con alguien que conocen y en quien confían,<sup>48</sup> particularmente si la persona que no es parte de la familia tiene un origen racial o étnico diferente del niño.

<sup>35</sup> A. Shalonsky & J. D. Berrick, *Assessing and Promoting Quality in Kin and Non-Kin Foster Care*, 75 SOCIAL SERVICE REVIEW (2001) en 60-83.

<sup>36</sup> KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE, *op.cit.* nota 32, en 41.

<sup>37</sup> Kinship Care, *op.cit.* nota 4, en 36; J. D. Berrick, R. P. Barth, & J. McFadden, *A Comparison of Kinship Foster Homes and Foster Family Homes: Implications for Kinship Foster Care as Family Preservation*, (Child Welfare League of America, North America Kinship Care Policy and Practice Committee, Washington, DC, 1992).

<sup>38</sup> TAKE ME Home, *op.cit.* nota 32 en 70.

<sup>39</sup> A. Shlonsky, D. Webster, & B. Needell, *The Ties That Bind: A Cross-Sectional Analysis of Siblings in Foster Care*, 39 JOURNAL OF SOCIAL SERVICE RESEARCH 27-52 (2003); Ehrle & Geen, *op.cit.* nota 41.

<sup>40</sup> TAKE ME Home, *op.cit.* nota 32 en 70.

<sup>41</sup> Ehrle & Geen, *op.cit.* nota 41.

<sup>42</sup> KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE, *op.cit.* nota 32.

<sup>43</sup> TAKE ME HOME, *op.cit.* note 32 at 71; M. Testa et al., *Permanency Planning Options for Children in Formal Kinship Care*, 75 JOURNAL OF THE CHILD WELFARE LEAGUE OF AMERICA, INC. (1996), 451, 453.

<sup>44</sup> T. W. Lorkovich, T. Piccola, V. Groza, M. E. Brindo, & J. Marks, *Kinship Care and Permanence: Guiding Principles for Policy and Practice*, 85 FAMILIES IN SOCIETY (2004), en 159-164.

<sup>45</sup> B. Needell & N. Gilbert, *Child Welfare and the Extended Family*, in CHILD WELFARE RESEARCH REVIEW, VOL. 2, (R. Barth, J. D. Berrick, & N. Gilbert eds., Columbia U. Press, Nueva York, 1997) en 85-97, 92.

<sup>46</sup> *State ex.rel. Waldron v Blenck*, 193 N.W. 452, 155 Minn. 313 (1923) en 452-3; M. Scannapieco, R. Hegar, & C. Alpine, *Kinship Care and Foster Care: A Comparison of Characteristics and Outcomes*, 78 FAMILIES IN SOCIETY (1997) en 480-489.

<sup>47</sup> D. Herring, *Kinship Foster Care: Implications of Behavioral Biology Research*, 56 BUFFALO LAW REVIEW, en 495-556, 519.

<sup>48</sup> *Kinship Care*, *op.cit.* note 4 at 30; S. S. Chipungu, *A Value-Based Policy Framework*, en CHILD WELFARE: AN AFRICENTRIC PERSPECTIVE (J. E. Everett, S. S. Chipungu, & B. R. Leashore eds., Rutgers U. Press, New Brunswick, NJ, 1991) at 290-305.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

11. La asignación del niño al cuidado de parientes afirma el valor de los vínculos familiares.<sup>49</sup>
12. La asignación al cuidado de familiares favorece la transmisión de la identidad, la cultura y los rasgos étnicos del niño.<sup>50</sup>
13. La ubicación con familiares elimina el estigma negativo que experimentan muchos niños bajo cuidados de crianza.<sup>51</sup>
14. Los niños asignados al cuidado de familiares tienen más probabilidad que los niños asignados al cuidado de no familiares de comunicar si están satisfechos con su situación.<sup>52</sup> Los niños que pueden hablar generalmente expresan el deseo de regresar a su hogar.<sup>53</sup>
15. En cuanto a la necesidad de cambiar de escuela, las estadísticas muestran que son menos los niños bajo cuidados de familiares que tienen que cambiar de escuela (63%) que los niños que están bajo el cuidado de crianza de personas ajenas a su familia (80%) o que reciben cuidados en residencias colectivas (93%).<sup>54</sup>
16. La ubicación con familiares refuerza el sentido de identidad y la autoestima del niño “ya que esto les permite conocer la historia y la cultura de su familia.”<sup>55</sup>
17. La asignación del niño a cuidados de crianza puede ser traumática<sup>56</sup> y tener efectos dañinos en el desarrollo de los niños.<sup>57</sup> Algunos niños bajo cuidados de crianza manifiestan que reciben un trato diferente del que reciben los hijos biológicos de los padres de crianza.

---

<sup>49</sup> D. B. Wilson, *Kinship Care in Family-Serving Agencies*, en KINSHIP FOSTER CARE: POLICY, PRACTICE AND RESEARCH (R. Hegar & M. Scannapieco eds., Oxford U. Press, 1999) en 84-92.

<sup>50</sup> S. Jackson, *Paradigm Shift*, en KINSHIP FOSTER CARE: POLICY, PRACTICE AND RESEARCH (R. Hegar & M. Scannapieco eds., Oxford U. Press, 1999) en 93-111.

<sup>51</sup> *Paradigm Shift*, *id.*; “La mala información y la ignorancia han conducido a la formación de estereotipos negativos sobre los niños en hogares de crianza, sobre los padres de crianza y sobre el sistema de cuidados de crianza.” Foster Kids Are Our Kids, [haga clic aquí](#).

<sup>52</sup> J. D. Berrick, When Children Cannot Remain Home: Foster Family Care and Kinship Care, PROTECTING CHILDREN FROM ABUSE AND NEGLECT (1998) en 72-87.

<sup>53</sup> TAKE ME HOME, *op.cit.* note 32 at 92; Consultar también A. BRIDGE, HOPE’S BOY: A MEMOIR, (Hyperion, Nueva York, 2008).

<sup>54</sup> Encuesta Nacional de Bienestar de Niños y Adolescentes (NSCAW). Informe de Análisis de Datos, Componente de la Muestra 1, Abril de 2005. (Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, ACF, Washington, DC, 2005).

<sup>55</sup> KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE, *op.cit.* nota 32, en 13.

<sup>56</sup> Informe al Congreso, *op.cit.* nota 30 en 43.

<sup>57</sup> Kinship Care, *op.cit.* nota 4 en 30.

18. Evaluando diferentes aspectos, los niños muestran mejores resultados con el cuidado de familiares que con el cuidado de familias de crianza.<sup>58</sup>

19. El niño que recibe el cuidado de parientes conoce a su propia familia, ve parecidos familiares y entiende qué lugar ocupa él en ese contexto. Muchos niños que reciben cuidados de crianza o son adoptados buscan a sus familias—frecuentemente dedicando su vida a tratar de averiguar de dónde vienen<sup>59</sup> Además de los niños adoptados, muchas personas, incluyendo a los niños que reciben cuidados de crianza, dedican tiempo, energía y recursos a tratar de encontrar familiares y conocer a sus ancestros. La búsqueda de los padres biológicos pone a los niños adoptados y a los padres biológicos en una batalla legal; los adoptados exigen conocer la identidad de sus padres biológicos, en tanto los padres biológicos desean hacer valer su derecho a mantener la confidencialidad.<sup>60</sup> La ubicación con familiares hace que dichas búsquedas resulten innecesarias.

### **Problemas sistémicos**

Los trámites legales interponen diversas barreras a los familiares que solicitan que se les asigne el cuidado de los niños separados de sus padres. Cada uno de los pasos legales frecuentemente conduce a inercia burocrática, demoras y determinaciones de falta de aptitud de los familiares para el cuidado de los niños.

#### **A. Otorgamiento de permiso a los familiares para el cuidado de los niños**

Muchos estados exigen que los familiares obtengan autorización para ser considerados como candidatos para el cuidado de niños.<sup>61</sup> Las complejidades del procedimiento para otorgamiento de licencias frecuentemente se traducen en largas demoras antes del otorgamiento, lo que a su vez produce demoras en la asignación de los niños.

---

<sup>58</sup> R. Gordon, Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997, 83 MINNESOTA LAW REVIEW (1999) en 637.

<sup>59</sup> K. MOORE, GATHERING THE MISSING PIECES IN AN ADOPTED LIFE (Broadman y Holman, Nashville, TN, 1995); B. J. LIFTON, TWICE BORN: MEMOIRS OF AN ADOPTED DAUGHTER (McGraw-Hill, Nueva York, 1975);.

<sup>60</sup> E. W. CARP, ADOPTION POLITICS: BASTARD NATION & BALLOT INITIATIVE 58 (Univ. Press of Kansas, Lawrence, KS, 2004); ENDANGERED CHILDREN, *op.cit.* nota 9 at 144-5; STRAUSS, *op.cit.* nota 94.

<sup>61</sup> M. Scannapieco & R. Hegar, *Kinship Foster Care in Context*, en KINSHIP FOSTER CARE: POLICY, PRACTICE AND RESEARCH (R. Hegar & M. Scannapieco eds., Oxford U. Press, 1999) en 6-92.

Por ejemplo, el otorgamiento de la licencia incluye un estudio ambiental del hogar, que frecuentemente lleva mucho tiempo e implica un proceso complejo, y algunos estados exigen tomar un curso de crianza de niños que frecuentemente comprende de 10 a 12 clases durante un período de 2 a 4 meses. La aplicación de normas diferentes para el otorgamiento de licencias a familiares que a padres de crianza debería posibilitar que una mayor cantidad de niños sean asignados al cuidado de familiares. Actualmente, aproximadamente dos tercios de los estados permiten a los familiares hacerse cargo del cuidado de los niños que se encuentran bajo custodia del estado sin cumplir con los requisitos exigidos a los padres de crianza.<sup>62</sup> Siempre sin sacrificar la seguridad, la mayor flexibilidad en las normas permite que los niños compartan habitaciones o habiten hogares clasificados como subestándar, reconociendo que los problemas relativos a la pobreza no deberían descalificar a los familiares.<sup>63</sup> La Ley sobre Relaciones para el Cuidado de Crianza propuso una respuesta a esta cuestión introduciendo una modificación a la ley de modo de permitir a la agencia extender licencias a hogares de familiares de los niños a ser asignados a cuidados de crianza analizando caso por caso.<sup>64</sup> En este sentido, la Ley reconoce la importancia de mantener los lazos familiares.

#### **B. Evaluación de familiares para la asignación de niños para cuidados de crianza**

Las leyes federales y estatales restringen la posibilidad de asignar niños para cuidados de crianza a personas -incluyendo familiares- que tienen antecedentes penales y/o antecedentes de abuso de niños. Las disposiciones de la ley se aplican a los cuidadores y se extienden a toda persona que viva en el hogar al que se puedan asignar los niños.

Los trabajadores sociales deben evaluar a los familiares a los que se les asigne el cuidado de los niños para identificar si tienen antecedentes penales, de maltrato de niños o de violencia doméstica.<sup>65</sup> Esta prohibición legal frecuentemente descalifica a la asignación a familiares para su cuidado.<sup>66</sup> La ley generalmente tipifica determinados delitos que descalifican a un familiar y ofrece la oportunidad de apelar en casos que comprenden delitos menores o cuando el delito tuvo lugar hace mucho tiempo. El proceso de exención solicitado a través de la apelación requiere una revisión administrativa de la agencia de bienestar infantil que la corte no puede rechazar.<sup>67</sup>

La mayoría de los estados no permiten que la corte proceda a la revisión del dictamen resultante de la evaluación.<sup>68</sup> Si la corte asigna al niño a un hogar que no ha recibido aprobación, la familia no es elegible para recibir ayuda financiera federal y del estado. En algunas ocasiones las cortes de apelación han ordenado a las cortes ordinarias revertir la decisión sobre la asignación de los niños. Por otro lado, las cortes ordinarias generalmente tienen más experiencia que la agencia en la interpretación de los antecedentes penales. En definitiva, ha sido la corte la que ha creado dichos registros, no la agencia de servicios de bienestar de niños. Sería razonable que se faculte a la corte para revisar la decisión de la agencia de descalificar la asignación del cuidado a familiares a causa de sus antecedentes penales o de maltrato infantil. Esta facultad se asemeja al rol de las cortes en los casos de tutoría condicional, en los que la corte hace una revisión de los antecedentes penales y de maltrato infantil antes de tomar la decisión definitiva de asignación. De modo similar, la corte también revisa los antecedentes penales y de maltrato infantil al tomar las decisiones de asignación para cuidados en los estados en los que la corte puede asignar tutoría cuando los padres renuncian a los servicios de reunificación familiar.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> Conclusiones de la Encuesta de 2007 Casey Kinship Foster Care Policy, *op.cit.* nota 40, en 4.

<sup>63</sup> KINSHIP CARE: A NATURAL BRIDGE, *op.cit.* nota 32 en 47-48.

<sup>64</sup> 42 U.S.C. § 471(a)(10).

<sup>65</sup> EFFECTIVE INTERVENTION, *op.cit.* nota 145 en 67, 102.

<sup>66</sup> *In re Adoption of J.L.S.*, 2009 WL 2014088.

<sup>67</sup> *In re Sencere P.*, 140 Cal.App.4th 65, 43 Cal.Rptr.3d 897 (2006), *In re S.W.*, 131 Cal.App.4th 838, 32 Cal.Rptr.3d 192 (2005).

<sup>68</sup> G. Seiser & K. Kumli, *California Juvenile Court* (2006 ed.) sección 2.127[3] at 2-224; *In re Esperanza C.*, 165 Cal.App.4th 1042 (2008).

<sup>69</sup> *See In re Summer H.*, (2006) 139 Cal.App.4th 1315.

**APÉNDICE**

**Lista de control para involucrar a familiares**

1. Identificar, ubicar y notificar al padre de cada uno de los niños.
2. Es necesario dar ciertos pasos para involucrar al padre en el proceso.
3. Identificar a todos los familiares, ubicarlos y enviarles notificación sobre los trámites que se están llevando a cabo.
4. Consultar a cada padre sobre la identificación y ubicación de sus familiares.
5. Pedir información a los niños sobre la identificación y ubicación de sus familiares.
6. Promover el uso de los protocolos sobre Ubicación e Involucramiento de Familiares por parte de la agencia.
7. Promover el uso por parte de la agencia de prácticas grupales de toma de decisiones a fin de reunir a la familia y empoderarla para proponer soluciones a la situación que están viviendo los niños.
8. Implementar las mediaciones de la corte como práctica que permita reunir a los miembros de la familia a fin de elaborar planes para el niño.
9. Designar abogados antes de la audiencia inicial.
10. Insistir en que los abogados reciban la documentación relativa al niño antes de la audiencia inicial para que puedan conocer a su cliente y prepararse para la audiencia.
11. Promover una reunión entre los miembros de la familia, los abogados y los trabajadores sociales antes de la audiencia inicial. Si la agencia no puede organizar una reunión, crear una audiencia para el cuidado previo a la asignación en la que participen todas las partes, los abogados y los familiares.
12. Promover la asistencia de todos los familiares a las audiencias de la corte.
13. Invitar a los familiares a visitar al niño, estableciendo medidas de protección si fuera necesario.
14. Aplicar los protocolos de resolución de conflictos para ayudar a los miembros de la familia a superar conflictos y enfrentamientos.
15. Informar a los familiares que se los tendrá en cuenta para la asignación de los niños para el cuidado, dándoles prioridad respecto de las personas que no pertenecen a la familia.

**Leonard Edwards\*** es un juez retirado de San José, California

Para consultar la versión completa, comunicarse con el autor: [judgeleonardedwards@gmail.com](mailto:judgeleonardedwards@gmail.com)

**Toxi-cour(t) en Quebec****Juez Michèle Lefevbre****Introducción**

En 2006, asistí a la Conferencia de la AIMJF y participé en un seminario dictado por el juez Leonard Edwards del Condado de Santa Clara, California, que había iniciado un proyecto de tribunal para el tratamiento de casos vinculados con el abuso de drogas en el Tribunal de Familia que presidía. El seminario tuvo un efecto altamente estimulante en mi persona.

Más adelante, me puse en contacto con el juez Edwards, quien me envió un DVD y un documento (del estilo de ‘Todo lo que usted debe saber sobre cómo poner en marcha un proyecto de estas características’) que explicaba su proyecto en palabras e imágenes.

Estas dos herramientas me fueron de gran ayuda para abrir mentes y luego para convencer tanto a los poderes judiciales como a los diversos actores —colegas, jueces, abogados, trabajadores sociales y profesionales dedicados al tratamiento de individuos con adicción a las drogas— sobre la necesidad de introducir un proyecto similar en Quebec.

Lo que hizo al proyecto del juez Edwards incluso más interesante para mí fueron las similitudes entre los sistemas legales y la sociedad de California y Quebec:

- entre el 50 y 90% de los casos de abuso o abandono de niños que requieren guarda estatal están vinculados con problemas de adicción a las drogas de los padres;
- la legislación de California, como la nuestra, exige un período de un año de guarda estatal del niño, luego del cual se debe elaborar un plan para el futuro del niño a largo plazo; y
- la legislación de California, como la nuestra, exige que se les garantice a los padres acceso a los servicios y el apoyo económico necesario para que tengan la oportunidad de recuperarse y valerse por sí mismos.

**El proyecto**

En resumen, el proyecto propone un sistema en el cual, en su primera comparecencia ante el tribunal, los padres adictos a las drogas pueden ofrecerse voluntariamente para recibir asesoramiento y someterse a un plan de tratamiento aprobado por el tribunal.

Luego de esto, se hace un seguimiento sobre los padres, que deben presentarse ante el tribunal a intervalos regulares para que se registre su progreso y se los aliente a seguir el plan establecido.

El juez Edwards identifica una serie de factores que contribuyen con el éxito del proyecto, por ejemplo:

- una respuesta rápida, intensiva y sostenida en el tiempo;
- cooperación entre los recursos destinados a la protección de niños y el tratamiento contra la adicción a las drogas;
- comparecencias frecuentes ante el tribunal, porque:
  - les da un incentivo a los padres para perseverar;
  - funciona como mecanismo para verificar que se está entregando el apoyo económico correspondiente;
  - pueden servir como motivación para los padres; y
  - los padres se sienten apoyados en su proceso.
- la importancia de tratar a los padres con respeto y dignidad.

Por supuesto que puede haber obstáculos. Pero incluso si un padre flaquea, es posible que sea porque el tratamiento proporcionado está ayudando. Además, según la visión del juez Edwards, los padres en cuestión en general tienen aún edad para tener más hijos. Por esa razón, formar parte de este proyecto puede ayudar a evitar que nazcan niños con padres adictos a las drogas.

**Quebec**

Los tribunales de Quebec se han preocupado desde hace años por los individuos con problemas —en particular, problemas de adicción al alcohol, las drogas y el juego— y hace algunos años se creó un Comité de Tribunal para contemplar la posibilidad de crear tribunales especiales para resolver problemas (*Tribunaux spécialisés*).

Es por esto que, cuando impulsé este proyecto, fue bien recibido por los jueces del Comité y hubo un entusiasmo similar por parte de los diversos organismos que habían sido contactados para obtener ayuda para poner el proyecto en marcha (el centro de servicios para la familia (centro de jóvenes), el centro de desintoxicación, los abogados y la administración del tribunal).

Los expertos en protección de niños y abuso de drogas se ofrecieron capacitaciones entre sí en sus respectivas áreas de especialización y ofrecieron capacitaciones similares sobre drogas a jueces y abogados.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Finalmente, el 15 de febrero de 2010, el Tribunal de Quebec, el Centro de Jóvenes y el Centro contra la Adicción a las Drogas firmaron un acuerdo para poner en práctica el proyecto piloto —denominado Toxi-Cour(t)— durante un año.

### **El piloto**

Los obstáculos financieros y administrativos hacen que el alcance de Toxi-Cour(t) sea más limitado que el del proyecto del juez Edwards. Como proyecto piloto, Toxi-Cour(t) sólo trabaja con uno de los dos Centros de Servicios Sociales para la Familia (Jóvenes) que hay en el área de Montreal. El proyecto ha sido construido en colaboración cercana entre los Centros de la Juventud y los Centros contra la Adicción y el tribunal.

Por lo tanto, en su primera comparecencia ante el tribunal, los padres que, según el Centro de Jóvenes o el tribunal, demuestran problemas vinculados con las drogas que impiden que respondan adecuadamente a las necesidades de sus hijos son, con su consentimiento, derivados para una evaluación. Siempre hay un miembro del Centro contra la Adicción a las Drogas disponible en el tribunal, por lo tanto, la evaluación se puede realizar allí mismo y en el momento. Dicha evaluación apunta a determinar si el padre o la madre en cuestión debe ser admitido/a en el programa; básicamente se intenta establecer si sus intenciones de abordar sus problemas con las drogas son verdaderas. Si es así, se realiza una evaluación más minuciosa y se elabora un plan de tratamiento que luego es sometido a la consideración del tribunal.

Si el tribunal aprueba el plan de tratamiento, el padre o la madre en cuestión deben cumplir el tratamiento pautado y durante un período máximo de un año deben comparecer ante el tribunal a intervalos de tres meses. En esas ocasiones, el tribunal registra el progreso logrado y ofrece aliento.

En paralelo, se toman medidas para proteger a los niños involucrados. Por ejemplo, poner al niño en un hogar de guarda si la situación lo amerita. Una orden de ese tipo a menudo actúa como un incentivo para que el padre o la madre en cuestión se comprometan con el programa Toxi-Cour(t), cuyo objetivo es que el niño pueda regresar al entorno familiar lo antes posible, pero con padres mejor preparados para afrontar sus responsabilidades.

No obstante, si el padre o la madre no completan el tratamiento pautado, se desarrollará un plan alternativo para el futuro del niño.

### **Evaluación**

Luego del año de operación del proyecto piloto, las evaluaciones en general confirman que los tratamientos han sido exitosos. Las principales ventajas del programa que se han identificado son:

- el rápido acceso a través del programa a un tratamiento intensivo para superar la adicción a las drogas;
- la presencia en el tribunal de un miembro del Centro de Adicciones, que permite una evaluación inmediata del padre o la madre en cuestión;
- mantener la motivación de los padres que desean superar sus problemas;
- una mejor relación entre los padres y los terapeutas;
- un enfoque no confrontativo que alienta a los padres a cooperar y a ser abiertos y honestos durante el tratamiento;
- que en muchos más casos se logra mantener al niño en su entorno familiar o regresarlo a la familia.

Algunos de los problemas del programa son:

- el desafío —desde el comienzo del tratamiento— de mantener la motivación de los padres y el impulso de lidiar con sus problemas; y
- el consumo de drogas o alcohol por parte de los padres en muchos casos es un síntoma de otros problemas subyacentes que emergen de manera más evidente cuando los padres logran estar sobrios. Esto enfatiza la necesidad de poder mirar otros problemas de la misma manera (vivienda, trabajo, salud mental, violencia doméstica, abuso, etc.). Un enfoque multidisciplinario rápido y eficaz sería la forma de tratamiento ideal.

### **Conclusión**

El futuro del proyecto Toxi-Cour(t) es incierto debido a problemas financieros vinculados con los múltiples recursos involucrados.

Pero, pase lo que pase, Toxi-Cour(t) ha tenido un impacto que justifica por sí solo su existencia. El proyecto hizo que todos los que participaron en él —jueces, abogados y terapeutas— tomen conciencia de los complejos problemas que giran en torno a la adicción. También ha logrado una mayor articulación entre las personas que trabajan en la protección de los niños y las que trabajan con la adicción a las drogas. Pero lo más importante es que el 50% de los niños cuyos padres participaron en el programa han vuelto a reunirse con sus padres dentro de un período de tiempo más razonable.

Honorable **Michèle Lefebvre\***, juez del Tribunal de Quebec, Tribunal de Menores de Montreal.

## Una corte de familia que tiene “músculo”— Londres, Inglaterra

**Derren Hayes**



*Un Tribunal de Familia especializado, que opera en Well Street -nombre bien merecido- en el Centro de Londres, ha logrado resultados significativos con su programa de ayuda para la recuperación de padres con problemas de abuso de sustancias con el fin de que puedan recuperar a sus hijos. **Derren Hayes** se reunió con el Dr. Mike Shaw, el director clínico del programa, para preguntarle sobre este servicio, el primero de su tipo en el Reino Unido.*

“Al comienzo les decimos ‘usted tiene que demostrar dentro de los próximos nueve meses si le importa su hijo’,” dice el Dr. Michael Shaw, psiquiatra de niños y adolescentes y director clínico de la Corte de Familia para casos de abuso de drogas y alcohol (FDAC, por sus siglas en inglés). Para muchos de los padres que comparecen ante esta corte, la cuenta regresiva de nueve meses ya ha comenzado – casi todos ya tienen hijos que se encuentran bajo el cuidado de las autoridades locales (aproximadamente la mitad de estos niños les han sido retirados en el momento del nacimiento) a causa de su, frecuentemente de larga data, adicción al alcohol y a las drogas y, si desean recuperar a su hijo, deben lograrlo antes de que el niño cumpla un año. Muchos pensarán que se trata de una misión imposible, y para algunos lo es, pero el elemento distintivo de la FDAC es que en muchos de estos casos se llega a un resultado exitoso y las familias se reunifican.

Sus resultados sobresalientes no han pasado desapercibidos: durante los últimos 12 meses ha recibido una gran cantidad de premios y reconocimientos, entre los cuales se cuenta el reconocimiento al Mejor Equipo Psiquiátrico del Año del Royal College of Psychiatrists, el premio London Safeguarding Children Award, y el premio Guardian Public Services por sus servicios a niños y jóvenes.

La FDAC, que opera en el marco del Tribunal de Familia Inner London Family Proceedings Court en Well Street, Londres, fue creada en enero de 2008 con fondos aportados por el Departamento de Educación, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Departamento de Salud y cuatro consejos municipales de Londres: Camden, Islington, Westminster y Hammersmith and Fulham, que le derivan casos. La FDAC recibe seis remisiones por mes de las autoridades en forma rotativa, y una quinta, la de Southwark, se incorporará a partir de abril. Es una corte especializada en resolución de problemas, inspirada en un modelo que es popular en los Estados Unidos, y trabaja con un equipo multidisciplinario de profesionales (enfermeras y especialistas en uso indebido de sustancias, trabajadores sociales, terapeutas familiares y psiquiatras de niños y adultos) aportado por un programa de colaboración entre la fundación Tavistock and Portman NHS Foundation Trust y la organización de beneficencia infantil Coram.

### **Enfoque colaborativo**

El procedimiento que aplica la FDAC difiere de que aplican generalmente los Tribunales de Familia, dado que trabaja con un enfoque colaborativo en lugar de un enfoque acusatorio, y se orienta a la recuperación de la relación familiar mediante un programa terapéutico paso a paso. Los casos varían, desde padres adolescentes que tienen su primer hijo a padres que ya tienen varios hijos bajo custodia. No obstante, el grupo FDAC ha demostrado tener el enfoque más efectivo con personas que están transitando la década de los 30 años “porque son los que probablemente han estado enfrentando dificultades durante años y se han hartado de su hábito de consumo de drogas” explica el Dr. Shaw.

Cuando la autoridad local les ofrece la oportunidad, la mayoría opta por seguir la vía de la FDAC debido a sus mejores resultados, aunque siempre hay un grupo que rechaza la oportunidad, agrega el Dr. Shaw: “La mayoría dice ‘Tengo un problema que necesito resolver y quiero recuperar a mi hijo’”.

“Estas personas están librando un conflicto interno: una parte de ellos quiere ser un buen padre, pero hay problemas que se interponen en el camino. Tratamos de trabajar con la parte de ellos que quiere hacer lo mejor por sus familias. Los motivamos en lugar de predicar”.

El Dr. Shaw considera que este enfoque positivo y optimista disipa el potencial de conflicto inherente a los procedimientos de los Tribunales de Familia en los que las autoridades locales asumen un rol acusatorio. “En lugar de un conflicto con los padres se torna un conflicto con las autoridades. La FDAC alienta a los padres a *asumir* su fracaso y para esto hace falta una persona más grande”.

El doctor explica que la red de apoyo de los profesionales y la familia (la FDAC pone mucho énfasis en la participación activa de la familia extendida en la recuperación de un padre) que rodean al adicto refuerza el mensaje “No estás solo”. “Les estamos pidiendo a estas personas que ingresen al mundo de sus pesadillas; hacerlo solos es mucho más difícil”.

“Es un enfoque muy diferente a señalarles que se han metido en problemas y tienen que recomponerse”.

### **El proceso**

La semana después de ingresar al programa el equipo multidisciplinario de la FDAC hace una evaluación del padre, se elabora un plan de intervención y el Tribunal y el padre celebran un acuerdo formal. La primera parte del proceso, y quizá la más difícil, es lograr que se abstengan del uso de drogas callejeras. Esto es porque consumir drogas y beber alcohol está incorporado en prácticamente todos los aspectos de sus vidas. El Dr. Shaw dice: “Frecuentemente viven en circunstancias de empobrecimiento social y emocional, por eso es importante alentarlos a cambiar los círculos sociales que frecuentan”. Algunos pueden pensar que es una visión utópica, pero el Dr. Shaw dice que simples cambios en la forma de vida hacen una gran diferencia. “Los participantes llevan un diario: A personas tan acostumbradas a vivir el ahora, esta práctica les permite mirar hacia el futuro”.

Entender los “peligros” que acechan la vida de un individuo y pueden influenciar su hábito de uso indebido de sustancias es una parte importante del procedimiento aplicado por la FDAC para minimizar la exposición. La Terapia de Red de Conductas Sociales – un programa desarrollado en Birmingham – ayuda a los padres a elaborar una imagen de los roles que las diferentes personas juegan en sus vidas y en su adicción. “Tratamos de que transformen su estilo de vida orientado al consumo de sustancias a un estilo orientado a la vida familiar y luego a una vida orientada a los hijos”, agrega.

Este cambio de estilo de vida puede llevar hasta un año. Por lo tanto, para que la FDAC determine al cabo de los nueve meses si un padre podrá completar el programa exitosamente, es esencial que logre hacer suficientes cambios en su estilo de vida. Con este enfoque de tratamiento se puede evaluar e identificar más pronto [que con los procedimientos estándar de los Tribunales de Familia] cuáles son los padres que no podrán lograr el resultado esperado”, dice el Dr. Shaw, quien agrega que esto se debe a que la “intensidad” de la intervención posibilita que los expertos puedan llegar más rápido a las conclusiones acordadas. “Si los participantes no logran abstenerse del consumo o no asisten a las sesiones de tratamiento se los retira del programa anticipadamente. En estos casos la mayoría de los padres simplemente se alejan o dicen ‘Hago esto porque es lo correcto para mi hijo’”.

Respetamos estos plazos terapéuticos porque los estudios de investigación sobre el apego padre-hijo indican que el período de los 6 a los 18 meses es el más importante para estructurar la relación parento-filial. “Les decimos que queremos encontrar un lugar permanente de crianza para el niño dentro de los 12 meses y para lograrlo tenemos que tomar una decisión a los 9 meses. Ese es el momento en el que el lenguaje emocional e intelectual entre la madre y el bebé comienza a fluir”, agrega.

“Cuando los padres están consumiendo y absteniéndose del uso de sustancias les resulta difícil estar plenamente ‘presentes’ durante el tiempo en el que el bebé necesita que estén. Los padres que están ‘conectados’ con sus hijos les ayudan a dar sentido al mundo en una etapa temprana; los que están ‘desconectados’ dejan a sus hijos abandonados a su suerte”.

Durante todo el programa los participantes deben asistir a audiencias en el Tribunal con el juez [los abogados no están presentes, pero asisten un representante de la FDAC, un trabajador social y el tutor de los niños] y dar testimonio de que están cumpliendo con las metas fijadas por el plan de intervención. “El padre lleva al Tribunal todos sus diarios, en los que ha registrado lo ocurrido durante las últimas dos semanas y lo que ocurrirá luego. Esta medida le permite ver al padre que no cumplir con las metas y los plazos tendrá consecuencias”.

Después de negociar exitosamente la etapa de estabilización inicial, se llevan a cabo evaluaciones regulares para demostrar el cumplimiento con la abstención. Los participantes ingresan a un programa de tratamiento intensivo de 12 semanas, usualmente dentro de la comunidad, utilizando “psicoterapia de alta calidad” (terapia cognitiva conductual y orientada a la psicodinamia), para identificar problemas subyacentes.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El Dr. Shaw explica los principios sobre los que se basa esta etapa del tratamiento: “Hasta tanto no tengan claro el motivo que determina su hábito de abuso no pueden ser realmente libres. Es una estrategia de alto riesgo; algunos se quedan en el camino, y somos honestos con ellos sobre esta cuestión. Pueden sentir en algún momento que todo se desmorona; pero esto demuestra que el compromiso no era suficientemente robusto como para soportar toda la presión”.

La última etapa del tratamiento está orientada a desarrollar la relación padre-hijo. Se trabaja en la formación de habilidades parentales utilizando un programa propuesto por el Profesor Stephen Scott, psiquiatra consultor de niños y adolescentes del Instituto de Psiquiatría de The Maudsley Hospital; además los participantes asisten a un grupo de mentalización en el que los padres comparten experiencias, lo que significa un apoyo extra. El Dr. Shaw agrega que utilizan la herramienta Video Interaction Guidance (VIG), una intervención de tipo clínica dirigida a explorar acciones y conductas mirando escenas grabadas de ellos mismos, que ha resultado muy valiosa y eficaz.

“En las escenas grabadas tratamos de encontrar interacciones positivas entre la madre y el hijo. A veces hay que mirar horas de grabación para encontrar una escena de 15 segundos donde este tipo de interacción aparezca. Estos padres no se tienen confianza. Verse a sí mismos desplegando buenas habilidades parentales en el video les resulta difícil de creer. Muchos preguntan: ¿Soy yo realmente? El Dr. Shaw dice que esta experiencia puede ser transformadora para los padres: “El proceso les abre el deseo de aprender cosas sobre su hijo”.

La última pieza del rompecabezas es un taller de tres días sobre violencia en las relaciones, en el que se utiliza terapia multifamiliar, un enfoque sistémico orientado a enfrentar los conflictos.

### **Evaluación**

Una evaluación realizada por Brunel University y publicada en mayo de 2011 realizó un seguimiento de las 55 familias que ingresaron a la FDAC durante sus primeros 18 meses de funcionamiento y comparó los resultados con los de 31 familias con padres afectados por el uso indebido de sustancias tratados con los procedimientos estándar de atención. Los investigadores concluyeron que de las 41 madres que ingresaron a la FDAC y siguieron hasta la decisión final del Tribunal, 48% habían abandonado el hábito, en comparación con 39% del grupo estándar; en tanto 36% de los padres ingresados a la FDAC habían dejado de consumir sustancias, lo que no se comparó con ningún grupo control.

Además, 39% de las madres habían recuperado a su hijo para el momento de la orden del Tribunal, en comparación con 21% de madres en el grupo que recibió el tratamiento estándar.

Otras conclusiones de la evaluación demostraron que la duración promedio de los procedimientos fue igual en ambos grupos, sin embargo, el plazo para asignar a los niños a una familia alternativa permanente cuando los padres no podían controlar el abuso de sustancias fue siete semanas más corto en los casos atendidos en la FDAC. Los casos llevados por la FDAC en los que los padres se reunieron con sus hijos llevaron ocho semanas más que los casos tratados con los métodos estándar, a fin de ayudar a consolidar la recuperación y construir una relación parental más segura.

El costo promedio del programa de la FDAC por familia es de £8.740, una cifra equivalente a poco más que lo que cuesta un mes de cuidado de un niño por los servicios públicos. La FDAC también permitió ahorrar £4.000 por niño en costos de cuidados sustitutos; £682 por familia en costas legales debido a la reducción en el tiempo de audiencias y £1.200 por caso por introducir expertos externos.

Las conclusiones permiten confirmar el éxito de este enfoque y es evidente que debería aplicarse en un rango más amplio de circunstancias, agrega el Dr. Shaw. “Se podría aplicar un enfoque similar para casos de salud mental de adultos o violencia doméstica en lugar de uso de sustancias”. También piensa que los ahorros logrados servirán de ayuda para las negociaciones respecto de la futura estructura de financiación de la FDAC. El paquete inicial de financiación vence en marzo de 2012.

Según la opinión del Dr. Shaw, la clave para el éxito de la FDAC reside en la combinación de encontrar padres que realmente quieran cambiar su vida y contar con los recursos para ofrecerles la posibilidad de hacerlo conjuntamente con el proceso judicial, lo que les indica que no cambiar les traerá consecuencias. “Estamos hablando de crear un proceso de cambio: es el tratamiento de última instancia, pero algunos necesitan el músculo del Tribunal para cambiar”, agrega.

### **Impacto en el niño**

Si consideramos que aproximadamente 60% de los casos de niños asignados a cuidados sustitutos se deben al abuso de sustancias de sus padres, podemos entender que el impacto que tienen la droga y el alcohol sobre la salud y bienestar de estos niños es enorme.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Además, debido al aumento de casi un tercio en la cantidad de niños asignados a cuidados sustitutos en los últimos tres años (903 en enero de 2012 comparado con 666 en enero de 2009 según las cifras del Servicio de Asesoría de los Tribunales del Menor y la Familia), podemos estimar que la cantidad de niños que potencialmente se verán afectados por este problema será aún mayor en el futuro.

Incluso al nacer, muchos de los hijos de padres que abusan de sustancias serán dependientes del alcohol o las drogas y necesitarán tratamiento para el síndrome de abstinencia con un cóctel de fármacos.

“La abstinencia para el niño puede ser muy penosa”, dice el Dr. Shaw. “Con el alcohol conocemos el efecto a largo plazo para el niño: el cerebro tiene partes que se pueden recuperar. Esto es más incierto con las drogas callejeras”.

La FDAC está intensificando el trabajo con los padres antes del nacimiento: “esto representa una ventaja de tres meses”, dice el Dr. Shaw, para darnos la mejor posibilidad de minimizar el impacto de las sustancias sobre el feto. Pero en los casos en los que se ha asignado a cuidados sustitutos a niños de más edad, ya se pueden ver los efectos de haber vivido en un hogar caótico. “Están en un estado de confusión total” dice el Dr. Shaw. “Los cuidadores sustitutos dicen que comen como animales, esconden comida y la guardan debajo de su colchón porque sienten que el mundo es impredecible. La comida guarda relación con el amor y ellos se sienten emocionalmente vacíos”.

Las circunstancias caóticas y frecuentemente peligrosas en las que viven estos niños también pueden exponerlos más a vivir eventos traumáticos. “Los padres que abusan de sustancias tienen el radar del peligro desconectado: conozco el caso de un niño pequeño que vio cómo su mamá, una bebedora callejera, era violada por un extraño que ella había invitado a su casa. Las armas de fuego son comunes en el mundo de las drogas callejeras, y presenciar actos de violencia doméstica es terriblemente perjudicial para los niños”, dice el Dr. Shaw.

La FDAC trabaja con los cuidadores sustitutos de los hijos de sus clientes sobre la base de las rutinas que han creado y evaluando cómo los padres pueden estructurar su mundo para adaptarse a ellas. Esto se complementa con terapia artística para ayudarles a expresar sus sentimientos sobre estas experiencias. Permitir que el padre y el niño comuniquen sus sentimientos en forma efectiva hace que la unión familiar sea más probable, dice el Dr. Shaw.

“El niño que crece siendo amado y escuchado se siente bien consigo mismo, pero el que no recibe amor siente que el mundo no tiene interés en él. Si se ha generado un buen apego se los puede tratar, pero es más difícil cuando tienen más edad.”

**Derren Hayes** es el Editor de “YoungMinds”.

[YoungMinds Magazine](#) es una publicación trimestrial para todos los involucrados con la salud mental de niños y adolescentes - CAMHS profesionales o padres, maestros o enfermeras, clínicos o trabajadores juveniles, formadores o consultores.

## Centros de Contacto con los Niños en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte

**Ann Entwistle y  
Cynthia Floud**



“¿Cuándo podré ver a mi papá?”, pregunta el niño cuyos padres se han separado recientemente. Y, en general, no es una pregunta fácil de responder. ‘Cuando los padres se separan, no se comportan en forma totalmente racional’, dijo Sir Nicholas Wall, Presidente de la División de Familia del Alto Tribunal, durante un evento realizado en Londres en 2011 para celebrar los 20 años de la Asociación Nacional de Centros de Contacto. La irracionalidad y la exacerbación de las emociones de enojo y tristeza hacen que sea difícil para los padres responder esta pregunta. Muchos padres necesitan ayuda para hacerlo. Hace veinticinco años, Mary Lower, MBE (Máster en Administración de Empresas), actualmente Presidenta de la NACCC (Asociación Nacional de Centros de Contacto con los Niños), detectó esta necesidad de ayuda y estableció el primer Centro de Contacto para familias típicas en una iglesia de Nottingham. Ya existían centros que brindaban ayuda profesional a familias derivadas por trabajadores sociales y oficiales de libertad condicional en los que los padres podían reunirse con sus niños y ser evaluados, pero no existía ninguna opción para las familias que normalmente podían cuidar de sus niños, pero necesitaban ayuda para mantenerse en contacto con ellos en una etapa crítica de sus vidas.

Existen muchos usuarios potenciales de este servicio: en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte todos los años se separan los padres de 350.000 niños<sup>1</sup>. Según una encuesta<sup>2</sup> realizada en 2009, hasta un tercio de estos niños perdió completamente el contacto con el progenitor con el que no cohabitaba, en general, aunque no siempre, el padre.

Mary se inspiró en su experiencia personal respecto del sufrimiento que padecen los niños al perder el contacto regular con uno de sus padres y el afecto que éste le brindaba. En un principio, Mary hizo funcionar el Centro gracias al trabajo de voluntarios y difundió su éxito de tal manera que en 1991 ya existían 26 centros y se creó la Asociación Nacional de Centros de Contacto con los Niños con Mary como Presidenta.

Actualmente, la NACCC administra 350 centros de contacto que cubren casi todos los condados de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. La Asociación establece estándares nacionales que deben cumplir los centros para estar ‘acreditados’. La acreditación se renueva cada 3 años, y los centros que no cuentan con ella no son utilizados como recurso por los tribunales. De todos modos, las familias pueden acudir a centros no acreditados, pero, a lo largo de los años y cada vez más, los centros han llegado a ser una parte esencial del sistema de tribunales de familia, y la mayoría de las familias acuden a ellos luego de una recomendación de sus abogados o de los trabajadores sociales del sistema judicial.

A pesar de esto, los usuarios no identifican a los centros como ‘parte del sistema’, porque los trabajadores voluntarios que participan de las reuniones para ofrecer su apoyo no están *juzgando* el contacto con los niños. El objetivo de la NACCC es facilitar el ‘contacto seguro en un entorno neutral’ y siempre ha tenido en cuenta que el contacto fluye mejor si los padres no se sienten amenazados por los adultos que administran el centro, lo que podría suceder si esos adultos fueran profesionales que envían informes al tribunal recomendando más o menos contacto con los niños en cuestión.

Las actividades de los centros en general se realizan una vez cada quince días durante fines de semana en cualquier edificio local que cuente con instalaciones de recreación, en interiores o exteriores. Los nuevos voluntarios dan su consentimiento para que se averigüe si tienen antecedentes penales; luego se les proporciona una capacitación para que comprendan las presiones a las que se ven sometidos los niños y los padres en estos casos, para que aprendan a distender situaciones tensas y para que sepan cómo resguardar a los niños de cualquier daño cuando se encuentran cumpliendo sus funciones. En principio, trabajan junto con un voluntario experimentado para aprender exactamente cuáles son sus tareas. La mayoría de los voluntarios son mayores de 50 años, por lo que aportan su propio acervo de experiencia a la tarea.

<sup>1</sup> Departamento de Menores y sus Familias 2011.

<sup>2</sup> Encuesta retrospectiva realizada a 4000 personas para analizar el impacto de la Ley de Derechos del Niño de 1989 a los 20 años de su promulgación.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Los voluntarios se encargan de recibir a los padres y los niños y los ayudan a despedirse al finalizar la visita. Cuando se debe mantener separados a los padres para evitar escenas dolorosas, el progenitor que no vive con el niño debe llegar más temprano para estar preparado cuando llega el niño con su otro progenitor y al finalizar la sesión, que dura aproximadamente 2 horas, se debe quedar hasta que el niño se haya retirado. Los voluntarios están disponibles en todo momento para escuchar a los padres que necesitan desahogarse, ya que el objetivo general es ofrecer un entorno cálido y amistoso además de neutral. Siempre hay por lo menos tres voluntarios en servicio. En algunas ocasiones, se programa una visita de contacto con otros miembros de la familia, como los abuelos. En general, en la mayoría de los centros, los voluntarios no trabajan con una familia en particular sino que se mantienen atentos a todas las familias para controlar que no haya episodios de violencia o cualquier otra conducta amenazante. Todos los voluntarios están capacitados para detectar signos de conductas inadecuadas, sexuales o de otro tipo, e informarlo a la persona o entidad que derivó a la familia al centro, pero no elaboran informes escritos para el tribunal. No obstante, se mantiene un registro escrito de qué personas asisten a las visitas de contacto, y esta información puede resultarle útil al tribunal, dado que demuestra el compromiso o la falta de compromiso de un padre o madre. Muchas familias han manifestado su agradecimiento a los voluntarios. Un padre dijo: "No me alcanzan las palabras para expresar la profundidad de la gratitud que siento hacia todos ustedes por ofrecer su tiempo para ayudarnos a mí, a mis hijos y a tantas otras familias". No todas las personas cumplen con los planes de visitas, y en algunos casos los voluntarios deben enfrentarse a la tristeza cuando un padre o una madre faltan a la cita, pero los resultados positivos superan los fracasos<sup>3</sup>.

Cada centro cuenta con un Comité Administrativo. Hay un coordinador que se encarga de elaborar una lista de turnos para los voluntarios y registra las derivaciones, por lo que recibe una pequeña remuneración. Cada región cuenta con un Gerente de Apoyo Regional que trabaja desde su hogar y proporciona asesoramiento a los centros de su área. Algunos centros funcionan en espacios por los que no se paga alquiler o reciben pequeños subsidios de las autoridades locales, pero la mayoría se ve obligada a recaudar fondos.

La propia NACCC debe recaudar fondos para pagarle al personal de su sede principal, que ofrece capacitaciones, elabora folletos informativos, administra un [sitio web](#) y una línea de ayuda telefónica. El sitio web ofrece una herramienta muy útil para la búsqueda de centros de contacto ('Find a Centre') y mucha más información para las familias, los abogados de familia y los voluntarios de los centros.

Originalmente los centros sólo contaban con personal voluntario, pero las necesidades y los perfiles de las familias cambiaron y los tribunales adquirieron más confianza en la capacidad de los voluntarios para tratar con las familias más problemáticas, en las que se presentaban adicciones a las drogas, alcoholismo y otros problemas graves, por lo que se fundaron algunos Centros de Contacto Supervisado con fondos del CAFCCASS<sup>4</sup>. Estos 78 centros cuentan con trabajadores sociales profesionales que supervisan sesiones de contacto individuales y elaboran informes escritos para el tribunal que va a evaluar el contacto; y también cuentan con voluntarios que se encargan de abrir el centro, preparar los juguetes y las actividades recreativas, y dar la bienvenida a los niños y padres para que la experiencia les resulte menos amenazante. Algunos de estos centros funcionan en Centros para la Familia durante los días de semana.

Los jueces y magistrados creen que todos los centros son fundamentales para el trabajo de los tribunales de familia. Un abogado de familia escribió: "[en los centros, los padres y las madres] pueden probar su compromiso y demostrar que pueden tener contacto con sus hijos sin que haya problemas". Un juez dijo que "[l]os centros son increíblemente útiles. Sin ellos tendríamos graves dificultades para iniciar o reiniciar el contacto en ciertos casos". Cuando no hay ningún miembro de la familia que pueda estar presente para ayudar durante una de estas visitas o cuando el contacto se ha interrumpido hace varios años, es esencial contar con un espacio neutral y acogedor para reavivar las relaciones o incluso para iniciar una relación desde cero. Otro juez escribió que "[los centros] son absolutamente necesarios. No puedo creer que antes hacíamos nuestro trabajo sin ellos. La fragmentación de la unidad familiar hace que la familia ampliada esté menos accesible para brindar espacios neutrales de reunión para el contacto con los niños". La legislación reconoce el derecho del niño a tener contacto con ambos padres, pero los padres no siempre entienden el objetivo de ese derecho. El tribunal es el espacio en el que los padres libran su batalla; en cambio, el centro de contacto es el espacio en el que los niños se benefician con la protección de la ley.

---

<sup>3</sup> Asociación Nacional de Centros de Contacto con los Niños, "Cantidad total de sesiones de contacto, familias, niños, voluntarios y personal pago de los servicios de contacto con los niños de la NACCC", [haga clic aquí](#), 14 de mayo de 2012.

---

<sup>4</sup> El servicio de trabajo social del tribunal.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Actualmente, la NACCC ejerce la presidencia de la Confederación Europea de Centros de Contacto [CEPREP]. No existe ningún otro país de Europa en el que los centros de contacto sean administrados por voluntarios. Pero los voluntarios capacitados de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte han demostrado que pueden realizar una gran contribución para que se cumpla el derecho del niño a tener contacto con ambos padres, y que los tribunales pueden confiar realmente en ellos. Esto significa que en el futuro otros países podrían expandir su capacidad de garantizar este derecho mediante un aprovechamiento cuidadoso del trabajo de voluntarios, que, a su vez, significaría que más niños podrían obtener una respuesta a esa difícil pregunta: “¿cuándo podré ver a mi papá?”.

**Ann Entwistle y Floud Cynthia** se retiró Magistrados del Tribunal de familia en Inglaterra. Ann era un administrador de ChildrenLAW Reino Unido y Cynthia es un miembro del Consejo Editorial de la Crónica.

### **NACC estadísticas**

Cantidad total de **sesiones de contacto** de los Centros de Contacto con los Niños

|                                    | 2007 – 2008 | 2008 - 2009 | 2009 - 2010 |
|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Sesiones asesoradas                | 8259        | 8252        | 8961        |
| Sesiones asesoradas                | 7396        | 9925        | 7438        |
| Sesiones asesoradas y supervisadas | 16682       | 11211       | 25141       |

Cantidad total de **familias** que utilizaron los servicios de Centros de Contacto con los Niños

|                          | 2007 – 2008 | 2008 - 2009 | 2009 - 2010 |
|--------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Supported                | 6923        | 5767        | 7710        |
| Supervised               | 621         | 684         | 811         |
| Supported and supervised | 2293        | 1104        | 2348        |

Cantidad total de **niños** que pasaron por los Centros de Contacto con los Niños

|                          | 2007 – 2008 | 2008 - 2009 | 2009 - 2010 |
|--------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Supported                | 7235        | 6438        | 10085       |
| Supervised               | 690         | 342         | 590         |
| Supported and supervised | 2175        | 1297        | 2781        |

Estadísticas sobre el divorcio y la cohabitación en Inglaterra y Gales

Número de divorcios en Inglaterra y Gales<sup>1</sup>  
(1929-2009)

Number of divorces in England and Wales, 1929–2009

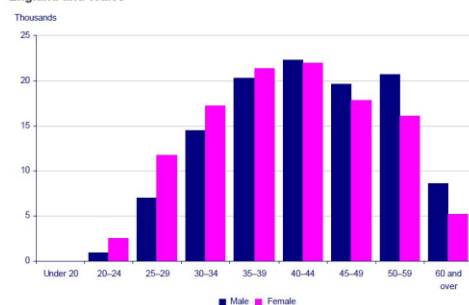


Source: Office for National Statistics

Número total de divorcios:  
2008—121,708  
2009—113,949.

Número de divorcios por edad en el divorcio  
en Inglaterra y Gales (2009)

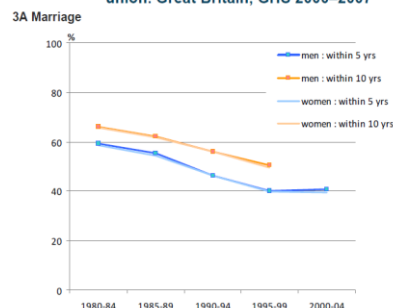
Number of divorces by age at divorce, 2009  
England and Wales



Source: Office for National Statistics

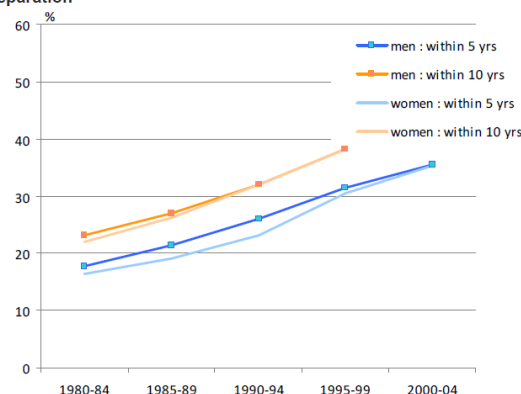
Número de cohabitaciones en Inglaterra y Gales  
(2000-2007)

Figure 3 Percentage of cohabiting partnerships that end in (a) marriage and (b) separation, by year the cohabitation started. Men and women aged <45 at the start of cohabiting union. Great Britain, GHS 2000–2007



Número de separaciones en la cohabitación en  
Inglaterra y Gales (1980-2004)

3B Separation



Source: CPC GHS time series datafile; see also note to Table 3

<sup>1</sup> Oficina Nacional de Estadística (ONS), Inglaterra y Gales.

## Responsabilidad de los padrastos de proporcionar manutención a sus hijastros; perspectivas holandesas e internacionales

Juez Paul Van Teeffelen



### Introducción

En un artículo<sup>1</sup> publicado recientemente en *Echtscheidingsbulletin* (Boletín Informativo sobre Divorcio) presenté argumentos a favor de la simplificación del sistema actual de pago de manutención para niños en los Países Bajos, diciendo que el sistema mejoraría significativamente si no se les daba a las responsabilidades de manutención de los padrastos el mismo peso que a las responsabilidades de manutención de los padres biológicos. Hacer que la responsabilidad de los padrastos sea subsidiaria reduciría en gran medida la complejidad del sistema; los padres legales tendrían la responsabilidad primordial de proporcionarles sustento económico a sus hijos biológicos y no descansarían en los padrastos para recibir ayuda económica.

En mi opinión, existen buenos argumentos para reducir la responsabilidad de los padrastos de esta forma, y la ley se debería modificar en función de ello.

Este artículo reflexiona sobre si existe algún mejor fundamento para esta propuesta que los argumentos que esgrimo en el *Echtscheidingsbulletin*. De hecho, uno podría preguntarse directamente si los padrastos deberían tener la obligación de tolerar un sistema de manutención de hijastros tan oneroso como el que se encuentra actualmente vigente.

¿Cuándo y cómo se llegó al punto de poner la responsabilidad de los padrastos al mismo nivel que la de los padres legales? ¿Hubo un gran consenso político para introducir esta disposición? Una vez que entró en vigencia, ¿no se le efectuó ninguna crítica? ¿Cuáles fueron los argumentos a su favor?

<sup>1</sup> 'Vereenvoudiging van het kinderalimentatiestelsel, manoeuvreren tussen rechtvaardigheid en eenvoud', *Echtscheidingsbulletin* 2012, fasc 4.

Estas son preguntas que se deben evaluar detenidamente antes de pensar en la posibilidad de un cambio. El objetivo principal de este trabajo es analizar la relación entre los padrastos y la responsabilidad que tienen de proporcionar manutención. Este artículo, a diferencia de uno anterior<sup>2</sup>, no está escrito desde el punto de vista de los niños. Pero no hace falta aclarar que cualquier cambio legal debería implementarse sin afectar a los hijastros.

Vale la pena plantearse estas preguntas en un contexto de análisis internacional. Si los Países Bajos adoptan una postura respecto de los padrastos que no concuerda con la de otros países, los argumentos para tomar esa decisión deben ser buenos.

A fines comparativos, me limitaré a analizar las siguientes preguntas. La primera pregunta es: ¿quién tiene en cada país la responsabilidad primaria de proporcionar sustento económico a los niños?, y ¿están los padrastos involucrados en este asunto? La segunda pregunta se refiere a las prioridades: ¿alguna de las responsabilidades que pueden tener los padrastos se encuentra en el mismo nivel que las de las personas con responsabilidad primaria sobre los niños? ¿o sus responsabilidades son de rango inferior?

Podemos encontrar una respuesta inmediata a estas preguntas en una brillante tesis de reciente publicación escrita por Merel Jonker<sup>3</sup>, que describe la posición legal de los hijastros en Noruega y Suecia. Hace poco más de una década, Tilly Draaisma presentó una tesis acerca de las responsabilidades de los padrastos<sup>4</sup>. Allí, analizaba la posición legal de los padrastos en los Países Bajos así como en Suiza, Alemania e Inglaterra. Lamentablemente, sólo pudimos actualizar los datos de la situación en Alemania, es decir que no podremos cubrir la situación legal de los padrastos en Suiza e Inglaterra. No obstante, fue bastante útil para agregar detalles de nuestro otro vecino, Bélgica, a los de Noruega, Suecia y Alemania.

<sup>2</sup> 'De belangen van het kind gewogen, de werking van art. 3 IVRK' en 'Wetgeving en rechtspraak op het terrein van het gezagsrecht', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2011, fasc 10, ps. 257-261.

<sup>3</sup> 'Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden', Boom Juridische uitgevers, reeks Familie & recht, 2011.

<sup>4</sup> 'De stiefouder: stiefkind van het recht, een onderzoek naar de juridische plaatsbepaling van de stiefouder', VU Uitgeverij, Amsterdam, 2001.

### **Historia de las responsabilidades de los padrastros en los Países Bajos**

Las responsabilidades de los padrastros respecto del sustento económico de sus hijastros están establecidas en los artículos 395 y 395a del volumen 1 del Código Civil, que forma parte del capítulo 17 sobre manutención. Estos dos artículos disponen lo siguiente:

**Art. 1:395:** Salvo por lo especificado en el artículo 395a a continuación, *durante su matrimonio o unión civil* <sup>5</sup>, los padrastros no serán responsables de la manutención de los niños fuera de los hijos de su cónyuge o pareja civil que sean menores de edad y *pertenezcan a la familia [del padrastro]*.

**Art. 1:395a (2)** Durante su matrimonio o unión civil, los padrastros serán responsables de los costos establecidos en el inciso anterior (medios de subsistencia y costos de educación) respecto de los menores adultos de su cónyuge o pareja civil que pertenecen a la familia [del padrastro] y son menores de 21 años.

Estos dos artículos se incorporaron recién en 1970 cuando entró en vigencia el nuevo Código Civil. Habían formado parte del proyecto de ley conocido por el nombre de la persona que lo presentó, Meijers<sup>6</sup>.

Meijers pretendía ampliar las responsabilidades que en ese momento eran aplicables a la manutención en muchos aspectos: no sólo las obligaciones de los padrastros respecto de los hijastros pertenecientes a su familia, sino también las de los hermanos entre sí y las de los abuelos respecto de sus nietos.

Durante los debates parlamentarios de fines de la década de 1950, se generó una división entre los que proponían una ampliación de la responsabilidad de proporcionar sustento económico a la familia y aquellos que proponían limitarla. El debate giró alrededor de la responsabilidad de los abuelos respecto de sus nietos. El proyecto de ley fue rechazado en la cámara alta por un solo voto<sup>7</sup>.

Durante estos debates, naturalmente, se discutió la responsabilidad económica de los padres biológicos y los padrastros respecto de los hijos y los hijastros. Varios miembros del Parlamento se manifestaron a favor de la ampliación de responsabilidades y dijeron no entender por qué la propuesta de ampliar las responsabilidades económicas de los padrastros respecto de sus hijastros había tardado tanto en presentarse<sup>8</sup>.

No obstante, otros opinaron que la responsabilidad de los padrastros debía estar subordinada a la de los padres biológicos y propusieron la incorporación de una cláusula que lo establezca expresamente<sup>9</sup>. Pero el Ministro no estuvo de acuerdo con esa postura<sup>10</sup>.

Las personas que quedarían cubiertas por esta ley se pueden dividir en dos grupos. Un grupo —conformado por la pareja, la ex pareja, los padres, los hijos y los hijastros— tiene prioridad sobre el segundo grupo, conformado por los hijos de la nueva unión y los padrastros que surgen de dicha unión<sup>11</sup>. De todos modos, no se puede asignar prioridad a los miembros del primer grupo. Según las palabras del Ministro, establecer prioridades sería inoportuno, porque en casi todas las audiencias se argumentaría que hay una persona que está ubicada más arriba en la cadena y por lo tanto debería contribuir económicamente en primer lugar. Para decidir cuánto debe contribuir una persona, sería necesario evaluar la situación económica de cada una de las personas involucradas. Pero no sólo eso, sino que también sería necesario evaluar la relación entre cada una de las personas mencionadas y el niño. Existe un vínculo más fuerte entre un padre y su hijo que entre un padrastro y un hijo de una unión anterior. En cualquier caso, la legislación no puede tener en cuenta todas las posibilidades, y la cláusula en cuestión no clasifica a los padres en virtud de su responsabilidad económica. En eso se basó la respuesta del Ministro<sup>12</sup>.

Entre los debates parlamentarios y la introducción del nuevo Código Civil, pasó más de una década. En un informe publicado en 1971 —poco después de la introducción de la responsabilidad de los padrastros— la Comisión de Revisión de la Ley de Protección del Niño criticó severamente esta introducción y recomendó su derogación. La Comisión dudó de que esto representara una mejora, tal como los miembros del Parlamento pretendían que pensemos:

“Se presentarán conflictos entre los padrastros y los padres biológicos de los niños, ya sea respecto de la obligación de pagar o respecto del monto a pagar. El padre biológico esperará que se reduzca su aporte debido a la responsabilidad económica del padrastro, y el padrastro será renuente a contribuir en modo alguno si el padre biológico incumple sus obligaciones. En resumen, lo que establece la ley estaría lejos de ser una solución en estas situaciones en las que su aplicación resulta difícil.

<sup>5</sup> El término en holandés es *geregistreerd partnerschap* o pareja de unión registrada.

<sup>6</sup> Parlementaire Geschiedenis, p. 721.

<sup>7</sup> Parlementaire Geschiedenis, ps. 721-767.

<sup>8</sup> Parlementaire Geschiedenis, p. 719.

<sup>9</sup> Parlementaire Geschiedenis, p. 1431.

<sup>10</sup> Parlementaire Geschiedenis, p. 1442.

<sup>11</sup> Consultar el texto vigente del artículo 1:400 (1) del Código Civil. Al primer grupo se agregaron luego la pareja civil actual y la pareja civil anterior.

<sup>12</sup> Parlementaire geschiedenis Invoeringswet, ps. 1442-1443.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Los niños involucrados corren el evidente riesgo de quedar en el medio de una batalla entre dos bandos opuestos. Por otro lado, en los casos en que las relaciones son buenas (cuando tanto el padrastro como el padre biológico contribuyen un monto establecido por acuerdo entre las partes) la solución que establece la ley resulta innecesaria<sup>13</sup>.

En una edición anterior de Asser<sup>14</sup>, J K Moltmaker se manifestó en contra de la posición jerárquica asignada a los padrastos en el artículo 1:392 (2), basándose en que los hijastros no tienen una responsabilidad recíproca respecto de sus padrastos, dado que éstos no tienen ningún derecho sobre el patrimonio de sus hijastros. Según su opinión, era inadecuado asignar semejante obligación unilateral a los padrastos.

En su tesis<sup>15</sup>, Tilly Draaisma recomendó que se deroguen los artículos 1:395 y 1:395a en base a argumentos similares. Según ella, de esa forma se remediaría la injusticia en el estatus de los padrastos legales (es decir, la falta de derechos garantizados sumada a la obligación de pagar) y en la relación entre los padres legales y los padrastos *de facto*.

J de Boer es, de hecho, el único comentador que desde 1970 se ha manifestado a favor de la obligación asignada a los padrastos. Según su opinión, un sistema que impusiera responsabilidades equivalentes a padres y padrastos sería beneficioso, ya que en cada caso el juez podría determinar el monto de contribución que le correspondería al padrastro, que se sumaría a la contribución de los padres biológicos<sup>16</sup>.

### **Implicaciones de las responsabilidades de los padrastos en los Países Bajos**

Un padrastro (en el sentido legal) es *el cónyuge o la pareja civil* de una persona que tiene uno o más hijos, pero no es el padre biológico de esos niños. La pareja de un padre o una madre que no se ha casado ni ha establecido una unión civil no es un padrastro (en términos legales). Lo mismo se aplica si —en el sentido del artículo 8 de la CEDH— existe una familia entre la pareja civil y los niños de los cuales no es padre biológico<sup>17-18</sup>.

Los padrastos no tienen autoridad parental establecida legalmente<sup>19</sup>. Sin embargo, los padrastos casados (no los que han establecido una unión civil con su pareja) tienen una responsabilidad indirecta de proporcionar sustento económico y educar a los hijos que pertenecen a su familia.

El artículo 1:82 del Código Civil exige que los miembros de una pareja casada se encarguen en forma conjunta del cuidado de los menores que pertenecen a la familia, de educarlos y de cubrir los costos de su manutención. En 2001, este artículo fue modificado, reemplazando las palabras *sus hijos* por *los niños que pertenecen a su familia* con el fin de eliminar cualquier duda de que la responsabilidad se aplica equitativamente a los hijastros y a los hijos adoptivos.

En este artículo analizamos el tema con mayor profundidad para analizar la situación que se presenta a menudo cuando el padrastro legal *no tiene la misma autoridad parental* sobre sus hijastros<sup>20</sup>.

Según los artículos 1:395 y 1:395a, los hijastros menores de edad y menores adultos tienen un claro *derecho a recibir manutención* de sus padrastos, quienes, en virtud del artículo 1:392 (2), tienen esta responsabilidad en la misma medida que los padres legales.

Para determinar el monto de la manutención, se tienen en cuenta, por un lado, las necesidades de los beneficiarios y, por otro lado, los medios económicos de la persona responsable (artículo 1:397 (1)). Según el artículo 1:392 (2) los hijastros no están involucrados cuando la responsabilidad surge únicamente en base a la necesidad de los beneficiarios.

Cuando no se puede cumplir el deber de manutención, ya sea en forma total o parcial, el artículo 1:399 permite que el juez tenga en cuenta la conducta de los beneficiarios. En virtud de esta disposición, no se puede tener en cuenta la conducta de los hijastros menores de edad, por más hiriente que ésta pueda ser. Sin embargo, el juez puede reducir la responsabilidad de los padrastos de mantener y educar a los hijastros menores adultos si su conducta lo justifica.

<sup>13</sup> Informe de la Commissie voor de herziening van het Kinderbeschermingsrecht, 's-Gravenhage, 1971, ps. 118 et 119.

<sup>14</sup> Asser-De Ruiter-Moltmaker, 1992, n° 1093.

<sup>15</sup> Ver nota 5, p. 266.

<sup>16</sup> Asser-De Boer, Personen- en Familierecht, 2010, p. 957.

<sup>17</sup> HR, 8 de abril de 1994, NJ 1994, p. 439.

<sup>18</sup> En los casos en que el ex cónyuge ha vivido por varios años con su pareja sin contraer matrimonio ni efectuar una unión civil, la pareja que no tiene patria potestad sobre los niños esperará pagar un monto menor en manutención. Desde la perspectiva masculina, la ley no ha cambiado con la rapidez necesaria para mantenerse al día de los avances en las relaciones sociales. No obstante, el Tribunal de Leeuwarden

ha resuelto que no le corresponde a dicho órgano el rol de modificar la ley. Hof Leeuwarden .NJ 1994, p. 434.

<sup>19</sup> Desde 1998 es posible que los padres y los padrastos tengan una potestad compartida sobre los niños de la familia, en base al artículo 1:253t del Código Civil, pero esta 'potestad' en poco tiempo dejará de reunir las condiciones requeridas.

<sup>20</sup> Los padrastos que tienen autoridad parental (ya sea porque se casaron o efectuaron una unión civil con su pareja) tienen una obligación de manutención que no se limita al período de tiempo durante el cual el niño pertenece a su familia; ver artículo 1:253w del Código Civil. Esto entra en conflicto con la responsabilidad de los padrastos establecida en los artículos 1:395 y 1:395a.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El padrastro sólo tiene la responsabilidad de mantener a los niños *que forman parte de la familia* durante su matrimonio o unión civil con el padre o la madre legal de los niños. Esto se debe interpretar en un sentido amplio. Los hijastros que son temporariamente cuidados y educados fuera del hogar o que son enviados a internados o universidades también pertenecen a la familia del padrastro<sup>21</sup>. Si el padrastro y su cónyuge o pareja civil interrumpen la convivencia, la obligación de manutención cesa inmediatamente. Por lo tanto, si la pareja se divorcia, no se puede imponer una orden de manutención al padrastro respecto de sus hijastros<sup>22</sup>.

### **Otras obligaciones de manutención**

Dado que las responsabilidades de los padrastros y padres legales respecto de la manutención están en pie de igualdad, la Corte Suprema de los Países Bajos ha dicho que se deben tomar en cuenta los medios financieros de cada uno de los responsables de la manutención de los hijos. Después del divorcio la obligación de manutención les corresponde a ambos padres, después de un nuevo matrimonio (o nueva unión civil) del padre que tiene la tenencia se agrega el (nuevo) padrastro a la lista. En teoría, el monto depende de los recursos de cada persona en relación con las necesidades del niño (o adulto joven).

Finalmente, se puede ajustar el resultado tomando en cuenta las relaciones del padre y el padrastro con el menor<sup>23</sup>. Uno de los principales factores que toma en cuenta el juez para cada determinación es el hecho de que el vínculo parental que existe entre padre e hijo es más fuerte que el que existe entre padrastro e hijastro<sup>24</sup>. Un factor indicativo de la fortaleza del vínculo puede ser que —si el hijastro lleva el apellido del padrastro— puede no haber existido una relación significativa entre el hijo y el otro padre, o la relación puede haber sido débil durante un período prolongado<sup>25</sup>. No obstante, el mero hecho de que el hijo lleve el apellido del padrastro no exime al padre de la responsabilidad económica<sup>26</sup>.

Como se mencionó anteriormente, J de Boer elogia al sistema que asigna iguales responsabilidades al padre y al padrastro ya que el juez puede determinar en cada caso cuánto debe contribuir el padrastro además de las contribuciones del padre<sup>27</sup>.

Pero el sistema diseñado por la Corte Suprema no sólo es muy complejo sino que es además impracticable y genera mucho conflicto.

En un artículo reciente, M A Zon<sup>28</sup> analiza las obligaciones de manutención en familias reconstituidas.

Zon identifica las siguientes situaciones frecuentes:

- el padre no puede proveer manutención para sus propios hijos y los de su ex esposa a causa de su matrimonio con una nueva pareja que tiene hijos que él debe mantener;
- el padre desea pagar menos porque la madre se ha casado con una nueva pareja que tiene la obligación de mantener a los hijos de su familia.

Zon describe las etapas que se deben atravesar para llegar a una cifra exacta del monto de manutención que se debe aportar para cada uno de los hijos en familias reconstituidas. ¿Cuáles son las necesidades de cada niño? ¿Quiénes tienen la responsabilidad de mantener a esos niños? ¿Qué recursos económicos tiene cada uno de ellos? ¿Cómo se deben dividir los recursos económicos de un padre entre los hijos de los que es responsable? ¿Cómo se deben asignar los recursos económicos disponibles para determinados menores entre las personas que tienen responsabilidades de manutención? Finalmente, ¿se debe hacer algún ajuste para dar cuenta de la calidad de las relaciones entre los adultos y los niños?

En una nota de una de las Ordenes de la Corte Suprema<sup>29</sup> referida a la división de los bienes de un padre entre los hijos por los cuales era responsable, que habían nacido de diferentes relaciones, el Juez Wortmann manifestó con fundamento que para esto sería necesario contar con un sistema extremadamente complicado y muy difícil de lograr en la práctica. Otra dificultad es que la plena aplicación de la Orden inevitablemente lleva a que se inicien nuevos procesos judiciales para ajustar la cuota de manutención de otros hijos no cubiertos por el procedimiento inicial.

<sup>21</sup> Parlementaire geschiedenis invoeringswet, p. 1431.

<sup>22</sup> HR, 7 de febrero de 1975, NJ 1975, p. 245.

<sup>23</sup> HR, 11 de noviembre de 1994, NJ 1995, p. 129.

<sup>24</sup> Ver el dictamen de la legislatura en la sección 2 que antecede.

<sup>25</sup> HR, 11 de noviembre de 1994, NJ 1988, p. 386. En este caso el padre biológico no había visto al hijo durante catorce años, el hijo había vivido diez años con la familia de la madre y el padrastro y llevaba el apellido de su padrastro. La contribución del padre había sido reducida a cero por la Corte Suprema de los Países Bajos.

<sup>26</sup> Por ejemplo, HR 28 de mayo de 1993, NJ 1994, p. 434.

<sup>27</sup> Asser-De Boer, *Personen- en Familierecht*, 2010, p. 957.

<sup>28</sup> 'Kinderalimentatie in samengestelde gezinnen', *Echtscheidingsbulletin* 2011, fasc 11/12, pp. 182-187.

<sup>29</sup> HR, 22 de abril de 2005, NJ 2005, p. 379.

### Padrastrros en los otros cuatro países

Como veremos en el texto a continuación, en los otros países, la figura de *padrastrro* se asigna principalmente a una persona que ha contraído *matrimonio* con un padre que tiene la custodia de un niño de una relación anterior y trae a dicho niño a la familia. En forma comparable a las uniones civiles de los Países Bajos, la figura de padrastrro también se aplica en Bélgica como resultado de la *convivencia legal*. Suecia es el país que ha llegado más lejos, considerando también al padrastrro como una pareja *no casada* que convive con el padre y el niño.

### Padrastrros en Alemania<sup>30</sup>

Bajo la legislación alemana, los padres casados tienen el deber y el derecho de cuidar de sus hijos menores (en Alemania se conoce a este principio como *Elterliche Sorge*).

La idea en Alemania es que esos hijastros son los hijos de un miembro de la pareja que tiene el derecho de *Sorge (tenencia)* y trae a esos niños al matrimonio. Está generalmente aceptado que los hijastros viven en el hogar de la pareja y se crían en dicho hogar. No puede haber duda respecto de los hijastros que viven en un hogar en el que el padre o la madre no está casado o casada con su pareja.

Bajo la legislación alemana, un padrastrro no puede tener responsabilidad de *Elterliche Sorge* respecto de los hijastros. No existe ninguna responsabilidad legal (o derecho) de que el padrastrro brinde manutención o educación a sus hijastros. En tal sentido, no existe *ninguna norma legislativa que disponga que los padrastrros deben proporcionar manutención a sus hijastros*. Como las parejas tienen el deber de brindarse sustento mutuo dentro del marco del matrimonio, se plantea la cuestión de si a un padrastrro que convive con su pareja le corresponde la obligación de brindar sustento a sus hijastros.

La opinión de la mayoría es que un padrastrro no está obligado simplemente en razón del matrimonio, porque no se lo puede forzar a hacer una contribución que la ley no impone expresamente. Sin embargo, es bastante probable que el padrastrro asuma la manutención de su pareja o de sus hijastros mediante un acuerdo, siempre que su contribución no supere la responsabilidad del padre. De acuerdo con la visión de la mayoría, incorporar a un niño a la unión no es, por sí mismo, suficiente para que un padrastrro tenga la obligación de manutención de sus hijastros.

Aún si un padrastrro aceptara voluntariamente brindar manutención a sus hijastros, esta obligación se anularía si la pareja se separase en forma permanente y pusiera fin a su matrimonio. Más aún, si existen causas justificadas, el padrastrro puede en cualquier momento solicitar que se anule el acuerdo contractual de manutención.

### Padrastrros en Bélgica<sup>31</sup>

En Bélgica, la responsabilidad de brindar manutención, criar y educar le corresponde a cada uno de los padres inscriptos como padres del niño. La forma de reconocimiento del niño no reviste gran importancia ya que es aplicable dentro y fuera del matrimonio, por nacimiento o por adopción.

Una persona adquiere el carácter de padrastrro a través del matrimonio con el padre biológico en cuestión. El padrastrro no adquiere ninguna autoridad parental.

Al igual que en los Países Bajos, un padrastrro casado con un padre biológico debe contribuir con los gastos de la pareja (artículo 221 del Código Civil). Estos gastos incluyen la educación de los niños que forman parte de la familia, aun si no son hijos biológicos. Esta disposición concuerda con el texto del artículo 1:82 del Código Civil de los Países Bajos. En Bélgica, corresponden obligaciones similares a cualquier persona que *conviva legalmente* con uno de los padres biológicos (1477 párrafo 3-5 del Código Civil).

En Bélgica existe otra obligación *muy limitada* que establece que un miembro de una pareja debe brindar sustento a sus hijastros *inmediatamente después de la muerte* de su padre o madre. Esto puede ser sólo una limitada suma de dinero. Además, la contribución del padrastrro se limita a lo que herede de su pareja fallecida y a los beneficios recibidos por el matrimonio en forma de herencia o donación.

De este modo, la obligación de manutención del padrastrro depende enteramente de lo que ha adquirido a título gratuito de su pareja fallecida. No tiene el deber de responder a esta obligación con los bienes que ha recibido sino en función de su valor. Si los derechos de los padrastrros comprenden un usufructo, se debe determinar el valor actual de dicho derecho en forma definitiva para que se puedan determinar claramente los límites de su obligación.

<sup>30</sup> En base a la tesis citada más arriba en la nota 5, ps. 152-174, en el subinciso 3.2.3. 'De stiefouder en zijn bijdrageplicht'. Según un experto del Ministerio de Justicia de la República Federal Alemana sobre este tema, la descripción se mantiene actualizada.

<sup>31</sup> Resumen basado en J. et M. Tremmery, *Onderhoudsgeld voor kinderen*, Anvers-Apeldoorn, 2005, pp. 31-52, en particular la parte III, 1.2.2. De stiefouder, ainsi que sur la base de F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, 2<sup>e</sup> édition corrigée, Anvers-Cambridge.

### **Padrastrros en Noruega<sup>32</sup>**

Aunque el estado noruego contribuye de diversas maneras con los costos de cuidado de los niños, no cabe duda de que los padres tienen la obligación de darles sustento. La obligación no se limita a los padres con responsabilidad parental. Aunque no todos los padres (legales) tienen responsabilidad parental, sí tienen la obligación de brindar sustento. Desde 1956, ser padre biológico constituye una causa para la obligación de manutención. Cuando los padres no están casados y no reconocen a su hijo, el estado es responsable de establecer la determinación judicial de paternidad. De esta manera, se protege el estatus legal del menor, porque el estado considera que todo niño debe tener dos padres legales.

En Noruega el deber de manutención surge de la ley de paternidad en base a la ley de filiación. *La obligación de manutención no depende del lazo social del parentesco; un padrastro (ya sea casado o unido por una unión civil o no casado) no tiene obligación financiera respecto de sus hijastros.*

### **Padrastrros en Suecia<sup>33</sup>**

En Suecia la paternidad biológica ocupaba una posición central como base legal para la provisión de manutención. En el siglo XX se produjo una equiparación entre el concepto de paternidad biológica y paternidad legal. Las modificaciones a la ley apuntaban a fortalecer la posición legal de los niños nacidos fuera del matrimonio. Antes de 1917, la paternidad biológica constituía la base de la obligación de brindar sustento. Después de 1917, la (presunción de) paternidad biológica pasó a ser el punto de referencia para la paternidad legal. En 1920, además de la introducción de la obligación de los padres de brindar sustento a sus hijos nacidos fuera del matrimonio, se asignó una obligación similar a los padrastrros.

Esta obligación se mantiene vigente en la legislación actual. Aunque originalmente sólo los padrastrros *casados* tenían la obligación de brindar manutención, desde 1978 a las parejas no casadas de una persona que tiene un niño a cargo se les aplica esta obligación respecto de cualquier hijastro que tengan con dicha pareja. *Esta responsabilidad reemplaza a la obligación del padre que no tiene la tenencia de los hijos.* Hay dos situaciones en las que un padrastro debe brindar manutención. Primero, cuando el padrastro tiene un nivel de vida más alto que el padre que no tiene la tenencia de los hijos. Segundo, cuando el padre no cumple (plenamente) con su responsabilidad.

Como la obligación de los padrastrros es subsidiaria y los niños tienen derecho a recibir manutención del estado, rara vez se presenta la necesidad de manutención por parte de los padrastrros, aun cuando el padre que tiene la tenencia no cumple con su responsabilidad.

### **Conclusiones**

*1. La situación de los padrastrros es injusta y por lo tanto está erróneamente caracterizada en la legislación de los Países Bajos.*

Los padrastrros no tienen autoridad parental pero tienen una obligación directa respecto de sus hijastros en virtud de los artículos 1:395 y 1:395a del Código Civil. Si están casados o unidos por unión civil, esta obligación se les aplica indirectamente por el vínculo del cónyuge o de la pareja civil (artículo 1:82 del Código Civil en combinación con el artículo 1:80b). Existe una diferencia en el carácter legal que les corresponde a los padrastrros si están unidos con su pareja por matrimonio o por unión civil.

Aun si se le otorga autoridad al padrastro legal, su obligación de proveer manutención a sus hijastros persiste después de que se interrumpe la convivencia.

A un padrastro que no está casado ni unido por una unión civil pero convive con el padre biológico y su hijastro no se le aplica ni la autoridad legal ni la obligación de proveer manutención para sus hijastros.

*2. Ninguno de los otros cuatro países (Bélgica, Alemania, Noruega y Suecia) asignan al padrastro la obligación de proveer manutención al mismo nivel que los padres legales.*

En la medida en que recae una obligación sobre el padrastro (no en Alemania o Noruega), esta obligación es indirecta o subsidiaria de la del padre que tiene la tenencia del niño (Países Bajos antes de 1970 y Bélgica) o actúa como una sustitución (si resulta necesario) de la contribución del padre que no tiene la tenencia del niño (Suecia).

En resumen, en los Países Bajos hay varias razones para pensar en una posible mejor estructuración de la responsabilidad de los padrastrros de proporcionar manutención, estableciendo que se imponga en reemplazo de la contribución del padre que no tiene la tenencia del niño sólo en los casos en que resulte necesario.

Se debería introducir una modificación a la ley. El artículo 400 (1) debería reformularse de la siguiente manera:

<sup>32</sup> Tesis citada anteriormente en nota 4, ps. 73-82, especialmente páginas 78 y 81.

<sup>33</sup> Tesis citada anteriormente en nota 4, ps. 82-101, especialmente páginas 85, 92 y 93.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

*Si una persona debe proporcionar manutención para dos o más personas y no cuenta con los medios suficientes para efectuar la totalidad de los pagos, sus hijos [eliminar "e hijastros"] menores de 21 años, tendrán prioridad respecto de otros beneficiarios y respecto de su pareja, su pareja anterior, su pareja civil, su ex pareja civil, sus padres y sus hijos menores de 21 años o más, y sus hijastros [para hijastros eliminar "de 21 años o más"] tendrán prioridad respecto de sus hijos nacidos de matrimonio y sus padrastros.*

Los artículos 1:395 y 1:395a no requieren modificación.

El resultado sería que las normas previas que otorgaban prioridad a los hijos e hijastros se aplicarían sólo a los hijos, y los hijastros vendrían después del grupo de hijos (menores de 21 años) en el orden de prioridad.

Mi visión es que la derogación total de los artículos 1:395 y 1:395a empeoraría innecesariamente la situación económica de los hijastros.

Este pequeño cambio —neutral en términos presupuestarios en lo que respecta al estado— subordinaría la obligación de proporcionar manutención a los hijastros a la obligación primordial respecto de los hijos biológicos. Los padres legales de niños menores de edad y menores adultos tienen la responsabilidad primaria de cubrir los costos de manutención y educación de dichos hijos. Más aun, esto se corresponde precisamente con su rol establecido por ley de cumplir con las responsabilidades parentales después del divorcio, que entró en vigencia el 1 de marzo de 2009. Sería justo y equitativo que la obligación de los padrastros de brindar manutención venga después de la de los propios padres legales. Los cálculos de las obligaciones de manutención de las familias reconstituidas deben simplificarse en comparación con el sistema anterior<sup>34</sup>.

**M. P. A. J. Th. (Paul) Van Teeffelen\*** es ex vicepresidente del Tribunal de Bois-le-Duc y asesor de dicho tribunal. Contribuye regularmente a las publicaciones *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* y *Echtscheidingsbulletin*.

Agradecemos a *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* por el permiso para publicar este artículo.

---

<sup>34</sup> Sería necesario realizar un análisis más profundo y complejo para poder eliminar el desequilibrio que existe entre el concepto de padrastros legales y el de padrastros *de facto*.

## Aspectos destacados de la Ley de Prensa en la práctica judicial polaca

**Dra. Joanna Misztal-Konecka**



### Introducción

Una mirada cercana a las prácticas judiciales de Polonia revela que la prensa, la radio y la televisión están mostrando un creciente interés en la cobertura de procesos legales; esto no sólo sucede en casos de naturaleza penal, sino también en casos puramente civiles, especialmente aquellos en los que hay alguna celebridad involucrada, y casos de los tribunales de familia, especialmente aquellos vinculados con la delincuencia juvenil y el cuidado de menores.

El marco legal de la difusión en los medios masivos de estos procesos judiciales en Polonia está proporcionado por la Ley de Prensa del 26 de enero de 1984<sup>1</sup>. Además, las normas procesales son relevantes: el Código Procesal Penal del 6 de junio de 1997 para casos de naturaleza penal y casos de justicia juvenil en procesos reformativos<sup>2</sup> y el Código Procesal Civil del 17 de noviembre de 1964 para casos de justicia civil y justicia juvenil que se enmarcan en procesos de tutela<sup>3</sup>.

### Fuentes de información de un periodista durante un proceso judicial

El registro fidedigno, y por lo tanto veraz, de los hechos es una de las responsabilidades de la prensa, la radio y la televisión según la legislación polaca (artículo 6(1) de la Ley de Prensa).

Al mismo tiempo, la descripción de los hechos es la única clase de información que puede cumplir el requisito de aptitud para la difusión de información al público sin poner en riesgo los intereses del sistema judicial. De todos modos, no se puede afirmar que toda la información recabada por un periodista cumple con las pautas de información publicable en pos del interés social. Además, se debe mantener la confidencialidad de algunos datos que pueden estar vinculados con aspectos muy íntimos de la vida de una persona. Dichas reservas se deben tener en cuenta al interpretar las disposiciones de la Ley de Prensa y las leyes procesales que se discuten a continuación.

Un periodista de prensa, radio o televisión puede tomar conocimiento del tema principal de un proceso judicial – además de la información recabada durante sus investigaciones – a través de su propia observación en la sala del tribunal donde se lleva a cabo el proceso, a través de una grabación en video/audio de un juicio o a través de los expedientes judiciales correspondientes.

### Presencia de periodistas durante una audiencia judicial

En los casos de justicia penal, además de las personas involucradas en el proceso, puede asistir a la audiencia cualquier persona mayor de 18 años, sin armas, siempre que se encuentre en condiciones compatibles con la solemnidad del tribunal (artículo 356 del CPP). No obstante, como excepción, es posible que la audiencia se realice *in camera* (a puertas cerradas), lo cual hace que el ingreso de periodistas a la sala resulte obviamente imposible. Esto sucede particularmente en el caso de testigos de audiencias que están obligados a preservar un secreto oficial o información confidencial relacionada con su puesto o profesión (artículo 181(1) del CPP) o testigos anónimos (artículo 394(4) del CPP); también, cuando la naturaleza pública de la audiencia podría perturbar el orden público, ofender la decencia, revelar circunstancias que deberían permanecer en secreto en pos de intereses de carácter estatal relevantes, o violar intereses privados importantes (artículo 360(1) del CPP).

En procesos civiles, el ingreso a la sala del tribunal está garantizado no sólo para las partes y las personas citadas a juicio, sino también para cualquier tercero interesado que sea mayor de edad (artículo 152 del CPC).

El juez puede decidir *ex officio* que una audiencia se realice a puertas cerradas cuando:

- considera que de ser abierta al público pondría en peligro el orden o la moral públicos;

<sup>1</sup> Gaceta Legal Nº. 5, punto 24, y sus enmiendas, (en adelante denominado Ley de Prensa).

<sup>2</sup> Gaceta Legal Nº. 89, punto 555, y sus enmiendas, (en adelante denominado CPP).

<sup>3</sup> Gaceta Legal Nº. 43, punto 296, y sus enmiendas, (en adelante denominado CPC). Los casos específicos de menores se rigen por las disposiciones de la Ley de Procesos de Justicia Juvenil del 26 de octubre de 1982 (Gaceta Legal de 2010, Nº 33, punto 178, y sus enmiendas, en adelante denominado PJJ).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- la información que se revelará en la audiencia está oficialmente protegida como información clasificada (artículo 153(1) del CPC);
- lo propone alguna de las partes, si el juez considera que las razones proporcionadas justifican la decisión;
- no se pueden revelar los detalles de la vida familiar (artículo 153(2) del CPC);
- el proceso se lleva a cabo por asuntos conyugales (artículo 427 del CPC);
- está involucrada la tutela de menores;
- se les otorga preferencia a los derechos personales (individuales) del joven en un proceso de justicia juvenil (artículo 575 del CPC), a menos que la naturaleza pública de la audiencia se justifique por consideraciones de carácter educativo (artículos 45 y 53(1) del CPC)<sup>4</sup>.

La participación de periodistas en la audiencia se limita a escuchar y observar pasivamente el proceso, pero es posible que se les permita tomar notas o hacer dibujos<sup>5</sup>. No obstante, se debe destacar que la divulgación de la información recabada en esas circunstancias debe respetar las disposiciones de la Ley de Prensa, la Ley de Protección de Información Personal<sup>6</sup> y el Código Civil<sup>7</sup>.

### **Grabación de audiencias judiciales por parte de periodistas**

En los procesos penales, es posible que el tribunal permita que determinados representantes de radio, televisión, producciones fílmicas y prensa realicen grabaciones del juicio en video y audio a través de equipos especiales, si considera que esto es razonablemente positivo para el interés público, y siempre que dichas actividades no obstruyan la audiencia y no sean contrarias a cualquier interés relevante de alguna de las partes involucradas en el proceso (artículo 357(1) del CPP). Al mismo tiempo, el tribunal determina las condiciones que se aplicarán a la grabación del juicio. Lo correcto es que el tribunal tome esta decisión después de escuchar los argumentos de las partes<sup>8</sup>.

En cuanto a la legislación civil, hasta el 1 de julio de 2012 no existía ninguna disposición legal que regulara la grabación de procesos civiles en video o audio. En la fecha mencionada, se introdujo la obligación **del tribunal** - sólo si resulta técnicamente viable - de registrar en una grabación de audio (o alternativamente de audio y video) la audiencia pública en su totalidad.

En lo que respecta a la grabación de audio o audio y video de un juicio por representantes de los medios masivos de comunicación, los textos escritos sobre el tema concluyen que:

- el tribunal mismo (independientemente de las posiciones de las partes) toma la decisión de autorizar o no autorizar la grabación del juicio, a la vez que restringe la publicación de dicha grabación<sup>9</sup>,
- el tribunal puede permitir la grabación sólo después de haber obtenido el consentimiento de todas las partes presentes<sup>10</sup>, y que
- autorizar la grabación implica acceder a la divulgación de dicha grabación al público<sup>11</sup>. Lamentablemente, las prácticas judiciales en este sentido no han sido uniformes y una controversia al respecto sólo puede ser resuelta por la legislación. Bajo el Código Procesal Civil que se encuentra vigente se justifica asumir que no es aceptable que el tribunal autorice la grabación del proceso por parte de un periodista sin pedir la aprobación de las partes que estarán sujetas a la pérdida de su privacidad. La discrepancia entre el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil ofrece los argumentos para hacer esta suposición, y también es posible suponer que la presencia de un micrófono o una cámara de video en la sala puede afectar las reacciones o conductas naturales, lo cual va en contra del objetivo final de hacer justicia. Se debe tener en cuenta que la prohibición de grabar el juicio no excluye la posibilidad del periodista de escuchar el proceso, tomar notas, etc., es decir, recabar la información necesaria para poder efectuar una cobertura periodística del hecho.

Lo que es más importante es que el consentimiento del tribunal y de las partes para que se grabe el proceso no implica el consentimiento para difundir dicha grabación: las limitaciones relevantes están estipuladas en la Ley de Prensa y el Código Civil<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> En cuanto a las audiencias cerradas al público, ver Miczek, Z. "Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym i jej wyłączenia (zagadnienia ogólne)." *Ius et Administratio* 2(2005), pp. 85-93.

<sup>5</sup> Sobczak, J. (2008) *Prawo prasowe. Komentarz*. Warszawa, p. 510.

<sup>6</sup> Ley de Protección de Información Personal del 29 de agosto de 1997 (Gaceta Legal de 2002, N° 101, punto 926).

<sup>7</sup> Ley del 23 de abril de 1964 del Código Civil (Gaceta Legal N° 16, punto 93 y sus enmiendas).

<sup>8</sup> Bieńkowska, B. T. "Spór stron przed sądem w świetle zasady jawności." *Wojskowy Przegląd Prawniczy* (3-4)1997, p. 74.

<sup>9</sup> Kordasiewicz, B. (1991) *Jednostka wobec środków masowego przekazu*. Wrocław-Warszawa, pp. 55-56.

<sup>10</sup> Brol, J. "Sądowe aspekty prawa prasowego (wybrane zagadnienia)." *Nowe Prawo* 10(1984), p. 10.

<sup>11</sup> Sobczak, J. *op. cit.*, p. 516.

<sup>12</sup> Stanowska, M. "Udostępnianie dziennikarzom akt sądowych lub prokuratorskich." *Przegląd Sądowy* 10(2001), pp. 78-79.

### Acceso a expedientes judiciales

Según las disposiciones del Código Procesal Penal, las partes, así como sus abogados defensores, representantes legales y apoderados debidamente designados, podrán ser autorizados a examinar los expedientes (primera oración del artículo 156(1) del CPP). No obstante, los expedientes también pueden ponerse a disposición de otras personas si lo autoriza el presidente del tribunal (segunda oración del artículo 156(1) del CPP).

En los procesos civiles de audiencia preliminar en Polonia, los casos son fundamentalmente catalogados como procesos contenciosos (imposición del pago de honorarios o costas legales, acción real) o procesos no contenciosos (asuntos de tutela, adquisición de herencias, anulación de la propiedad conjunta). En cuanto a los procesos no contenciosos, según el artículo 525 del CPC, los expedientes del caso están disponibles para cualquier persona que pueda justificar en forma suficiente la necesidad de examinarlos; en contraste, en los procesos contenciosos, sólo los participantes y las partes tienen derecho a hacerlo (segunda oración del artículo 9(1) del CPC). Se deduce naturalmente que no está permitido autorizar el acceso de cualquier individuo (incluidos los periodistas<sup>13</sup>) a los expedientes a menos que sean participantes o partes del proceso. Teniendo en cuenta que el acceso a los expedientes es una oportunidad de recabar información con mucha precisión y revisarla (especialmente contrastándola con la información obtenida a lo largo de la audiencia abierta), los textos polacos sobre el tema proponen que se establezcan disposiciones similares para todos los procesos civiles y penales, posibilitando el acceso de los periodistas a los expedientes a través de la orden del presidente del tribunal o de un juez autorizado después de que el periodista demuestre su interés y explique las razones por las cuales está interesado en el caso.

### Prohibición de expresar una opinión sobre decisiones judiciales

Si un periodista fue autorizado a ingresar a una audiencia abierta y grabarla, y luego se le permitió examinar los expedientes del caso, esto no quiere decir que tenga derecho a utilizar (y por lo tanto compartir) la información recabada sin ninguna limitación.

En particular, el artículo 13(1) de la Ley de Prensa prohíbe la expresión de opiniones — en la prensa, radio y televisión — acerca de los resultados de un proceso antes de que se haya anunciado la decisión judicial en primera instancia. Esta norma es válida tanto para procesos penales como para procesos civiles<sup>14</sup>. Su objetivo es evitar la influencia de los medios masivos de comunicación sobre el órgano adjudicador y proteger el buen nombre del acusado antes de que se anuncie el fallo de primera instancia.

### Prohibición de la publicación de imágenes (por ejemplo, fotografías) e información personal del acusado

Mucho más importante que la prohibición de expresar opiniones sobre una decisión judicial pendiente es la norma establecida en el artículo 13(2) de la Ley de Prensa que prohíbe la publicación en la prensa de imágenes o información personal de personas que están sujetas a investigaciones preliminares o litigios, e imágenes o datos personales de los testigos y las partes agraviadas o damnificadas, a menos que estas personas den su consentimiento expreso. Es importante tener en cuenta que en el sistema judicial de Polonia esta prohibición también se aplica a individuos que se encuentran en la mira de la opinión pública<sup>15</sup>. La *ratio legis* del artículo 13(2) de la Ley de Prensa es el objetivo de proteger los derechos personales de las personas contra las cuales se está llevando adelante una investigación preliminar o un litigio<sup>16</sup>; en particular, se supone que debe proteger a esa persona de la estigmatización, y especialmente procurar que se presuma su inocencia hasta que se pronuncie sentencia firme y definitiva<sup>17</sup>.

El concepto de información personal incluye cualquier información que pueda ser utilizada para identificar a la persona protegida. Dicha información no consiste únicamente en el nombre y el apellido, la fecha y el lugar de nacimiento, el lugar de residencia o los números de identificación personal (PESEL y NIP), sino que incluye además otras informaciones como las relaciones familiares, la ocupación o el lugar de trabajo, todos los cuales permiten identificar a la persona en un entorno específico<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Chomiccki, S. A. "Udostępnianie dziennikarzom akt sądowych." *Wspólnota* 10(1996), p. 14; Nowińska, E. (2007) *Wolność wypowiedzi prasowej*. Warszawa, p. 106; Ereciński, T., ed. (2009) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Vol. 1, 3rd ed. Warszawa, p. 116; Uliasz, M. (2008) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. 2nd ed. Warszawa, pp. 20-21.

<sup>14</sup> Nowińska, E., Du Vall, M. (2005) "Sprawozdawczość sądowa." In *Prawo mediów*. Barta, J., Markiewicz, R., Matlak, A., eds. Warszawa, p. 266.

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 18 de marzo de 2008, IV CSK 474/07, LEX 365865 (LEX – Electronic Legal Information System, publisher - Wolters Kluwer Spółka z o.o., Warsaw).

<sup>16</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 6 de junio de 2003, IV CKN 191/01, LEX 424237.

<sup>17</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 29 de abril de 2011, IV CSK 509/01, LEX 818564.

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 6 de junio de 2003, IV CKN 191/01, LEX 424237.

Revelar datos personales no implica necesariamente dar el nombre de la persona, ya que en base a otra información publicada (uno o más detalles relacionados con características físicas, fisiológicas, mentales, económicas, culturales o sociales de la persona) un tercero podría inferir correctamente la identidad del individuo protegido<sup>19</sup>. En cuanto a la imagen, se refiere a cualquier forma de reproducción del aspecto de la persona, independientemente de la técnica utilizada para producirla (especialmente cuando se trata de fotografías, caricaturas y retratos)<sup>20</sup>.

Debido a la enmienda de la Ley de Prensa, que entró en vigencia el 14 de octubre de 2011, no hay dudas respecto de la posibilidad de autorizar la publicación de datos e imágenes personales si las leyes aplicables lo permiten aunque la persona interesada se haya manifestado en contra. En tal caso, el fiscal público o el tribunal competente pueden autorizar, evocando un interés social importante, la divulgación de datos o imágenes personales de personas sujetas a investigaciones preliminares o litigios. Tal decisión puede ser apelada. En ese caso, será revisada por el tribunal de alzada que corresponda. Si la decisión es emitida durante procesos de investigación preliminar, sólo entrará en vigencia una vez que sea declarada firme (artículo 13(3-4) de la Ley de Prensa). Además, se debe destacar que los precedentes judiciales demuestran que no es ilegal que un periodista revele datos personales y publique imágenes de una persona que se encuentra en litigio si dichos datos o dichas imágenes ya han sido revelados al público por medio de anuncios oficiales de autoridades gubernamentales (por ejemplo, el Fiscal General)<sup>21</sup>.

Existe una discusión doctrinaria respecto de si las limitaciones del artículo 13(2) de la Ley de Prensa se deben aplicar tanto a los procesos penales como a los procesos civiles<sup>22</sup> o si sólo deben aplicarse a los primeros<sup>23</sup>. En la situación actual, parece ser que en los procesos civiles la publicación de datos e imágenes personales **es permisible** bajo las condiciones generales establecidas en el Código Civil, en la medida en que no afecte los derechos personales de la persona involucrada.

### Resumen

Las disposiciones de la ley polaca mencionada garantizan que los periodistas respeten los principios de confiabilidad e integridad; además, permiten que el público en general reciba información objetiva sobre procesos legales en curso, a la vez que lo protege de incurrir en responsabilidad civil o penal por violación de los derechos personales del acusado, en particular el derecho a la privacidad y la protección de la imagen. Además, la cobertura de juicios por parte de los medios de comunicación tiene la función de entretener a través de noticias sensacionalistas, y cumple la muchas veces subestimada función educativa de moldear e influenciar los conocimientos jurídicos del público, a menudo evitando que se cometan actos ilícitos.

El análisis de las normas y las regulaciones que se encuentran actualmente vigentes en Polonia demuestra las deficiencias de las regulaciones que permiten que los periodistas accedan a los expedientes judiciales en procesos de naturaleza civil, y por lo tanto la necesidad de elaborar este tipo de regulaciones. Dicho abordaje debería tener en cuenta el interés del sistema judicial y los medios masivos de comunicación, ya que el acceso personal a los expedientes judiciales puede permitir que los periodistas transmitan una idea integral y precisa de la disputa legal y los argumentos de las partes. Incluso las audiencias públicas a menudo fracasan en ese objetivo, ya que las personas que toman la palabra durante el proceso asumen que los demás participantes están familiarizados con los documentos contenidos en los expedientes del caso. El sistema judicial de Polonia remarca que ni las disposiciones de la Ley de Prensa ni ninguna otra disposición legal condicionan la cobertura periodística de un proceso civil al consentimiento de las partes del proceso; y lo que es más, nada impide que el periodista que está cubriendo un proceso confíe en sus propios descubrimientos y suposiciones en lugar de confiar en el material presentado en juicio. No obstante, no incluir los materiales, testimonios u opiniones de expertos presentados en juicio puede significar que el periodista sea parcial, y por lo tanto, se lo podrá acusar de no proceder con la debida diligencia y precisión para la recolección y el uso de materiales de prensa<sup>24</sup>.

La **Dra. Joanna Misztal-Konecka** tiene un Doctorado en Derecho, es jueza permanente del tribunal de primera instancia de Lublin del Este (Lublin-East District Court), Polonia, y es profesora adjunta en la Universidad Católica John Paul II de Lublin.

<sup>19</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Poznan del 15 de julio de 1997, I ACa 332/97, LEX 62601.

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 6 de junio de 2003, IV CKN 191/01, LEX 424237.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 28 de enero de 2009, IV CSK 346/01, LEX 520018.

<sup>22</sup> Nowińska, E., Du Vall, M. *op. cit.*, p. 268; Stanowska, M. *op. cit.*, p. 79.

<sup>23</sup> Kordasiewicz, B. *op. cit.*, p. 53.

<sup>24</sup> Decisión de la Corte Suprema del 26 de junio de 2003, IV KK 84/03, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych* 2003/1/1379.

## Eficacia de las prácticas restaurativas: ¿funcionan?

Ted Wachtel



*Este artículo está basado en extractos del libro “Dreaming of A New Reality, True Stories and Real Solutions: How Restorative Practices Reduce Crime and Violence and Improve Human Behavior and Civil Society” (Soñando una nueva realidad, historias reales y soluciones reales: ¿cómo se puede reducir el crimen y la violencia y mejorar la conducta humana y la sociedad civil mediante prácticas restaurativas?), de Ted Wachtel, que se publicará en breve.*

El Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas es una institución de posgrado con sede en Bethlehem, Pensilvania, Estados Unidos, que ofrece maestrías y certificados de posgrado en prácticas restaurativas. El IIRP también ofrece desarrollo profesional en prácticas restaurativas a través de sus 150 afiliados y titulares de licencias de 15 países. Estamos comprometidos con la premisa fundamental de las prácticas restaurativas, que establece que “las personas son más felices, cooperativas y productivas, y están más abiertas a realizar cambios positivos cuando las personas que se encuentran en posiciones de autoridad trabajan con las personas, en lugar de hacer cosas a las personas o para ellas”.

El concepto de prácticas restaurativas, de acuerdo con nuestro marco particular de definiciones, incluye a la “justicia restaurativa” como respuesta o reacción al delito o las infracciones con el potencial de reparar el daño y restaurar las relaciones. Pero también estamos interesados en las prácticas proactivas que construyen relaciones y un sentido de comunidad y tienen el potencial de prevenir la comisión de infracciones y otras conductas antisociales.

También nos preocupa el hecho de que muchos ven a la justicia restaurativa desde una perspectiva poco realista como si se tratara de una intervención singular —como las conferencias de justicia restaurativa— y esperan que ésta modifique la conducta de jóvenes y adultos que están acostumbrados a actuar impulsivamente, ser negativos y abusar de sustancias. Para esa clase de individuos difíciles, lo que se busca es proporcionar un espacio, como una escuela o un programa residencial alternativo, que utilice prácticas restaurativas en forma repetitiva y por un período de tiempo prolongado para lograr un cambio.

Para ese fin, mi esposa Susan y yo hemos fundado escuelas y hogares colectivos para jóvenes, con el auspicio de Community Service Foundation (Fundación de Servicios Comunitarios) y [Buxmont Academy](#), que desde 1977 han prestado servicios a más de 10.000 jóvenes vulnerables y en conflicto con la ley y a sus familias en el sudeste de Pensilvania, Estados Unidos.

### Evidencia de un entorno restaurativo

En 1999, le pedimos a Paul McCold, un científico investigador en justicia penal, que evaluara nuestros programas de CSF Buxmont. Él nos advirtió que durante la década anterior, en la que él había evaluado más de 50 programas dirigidos a jóvenes para la División Juvenil del Estado de Nueva York, no había logrado reunir suficientes pruebas para demostrar que alguno de esos programas había logrado cambiar la conducta de los jóvenes que participaban en ellos. Es por eso que sentimos mucha alegría cuando McCold realizó la primera evaluación, basada en 919 jóvenes dados de alta durante los años escolares 1999 a 2001, y detectó que las escuelas CSF Buxmont habían producido efectos positivos en los jóvenes en tres aspectos clave de su desempeño. El “entorno restaurativo”, término que utiliza McCold para referirse a nuestras escuelas, logró altas tasas de conclusión de programas, cambios positivos en la actitud y, lo que es más importante, *disminuyó la reincidencia a menos de la mitad* entre los jóvenes que participaron del programa escolar durante tres meses o más<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> McCold, P. (2002). *Evaluation of a Restorative Milieu: CSF Buxmont School/Day Treatment Programs 1999-2001, Evaluation Outcome Technical Report*. Bethlehem, Pennsylvania: International Institute for Restorative Practices. p. 14, [haga clic aquí](#).

En una segunda evaluación de 858 jóvenes dados de alta durante los años escolares 2001 a 2003, que se centró en la conducta delictiva, se repitió el resultado anterior de una reducción de más del cincuenta por ciento. Además, el primer grupo de jóvenes del estudio inicial, dos años después, mostró que había mantenido la reducción significativa en la conducta delictiva<sup>2</sup>. McCold llegó a la conclusión de que “los resultados empíricos de estos dos estudios son una prueba científica sólida de que *la participación prolongada en un entorno restaurativo puede reducir significativamente la reincidencia en el delito*”<sup>3</sup>.

Luego se realizó una tercera y mucho más grande evaluación con 2151 jóvenes durante los años escolares 2003 a 2006, en la que se incluyó a jóvenes de los servicios residenciales y domiciliarios de CSF Buxmont, que confirmó nuevamente *el poder de nuestro entorno restaurativo con una reducción de más del cincuenta por ciento del índice de reincidencia*<sup>4</sup>.

### Evidencia de prácticas restaurativas en la escuela

Los resultados positivos de esta investigación<sup>5</sup> nos alentaron a pensar que estábamos encaminados en la dirección correcta en nuestra búsqueda de soluciones reales y de una nueva realidad. Iniciamos el proyecto “[Safer Saner Schools](#)” (escuelas más seguras y más sanas) y empezamos a ofrecer la elaboración profesional de prácticas restaurativas a escuelas públicas y privadas, primero en nuestra región y luego alrededor del mundo.

Luego de una década de trabajar con escuelas públicas, el IIRP publicó un informe titulado “Mejorar el ambiente escolar” que destacaba los resultados positivos del uso de prácticas restaurativas en escuelas individuales y en distritos escolares de Canadá, el Reino Unido y los Estados Unidos<sup>6</sup>. A continuación presentamos algunos ejemplos:

En una pequeña escuela suburbana de 874 estudiantes de Pensilvania, llamada Pottstown High School, se redujo a la mitad la cantidad de peleas, violaciones a las normas de la cafetería y suspensiones extraescolares.

La escuela West Philadelphia High School, con 913 estudiantes, había estado en la lista de “escuelas persistentemente peligrosas” del gobierno por seis años consecutivos. La impresionante disminución de incidentes graves llevó a que se eliminará a la escuela de dicha lista.

El Distrito Escolar de Kawartha Pine Ridge, al este de Toronto, Canadá, con más de 35.000 estudiantes en un total de 82 escuelas primarias y 18 escuelas secundarias, informó una reducción del 18% en las suspensiones a estudiantes de escuelas primarias y una reducción del 7% en las suspensiones a estudiantes de escuelas secundarias.

El Consejo Escolar del Distrito rural de Keewatin-Patricia, Canadá, con 5500 estudiantes, informó una reducción total del 65% en el número de suspensiones.

Fuera de los datos resumidos que figuran en el informe, que indican mejoras que abarcan a toda la ciudad de Hull, Inglaterra, Reino Unido, la escuela primaria Collingwood Primary School y la escuela secundaria Endeavour High School nos proporcionaron información más detallada que destaca el extraordinario potencial de las prácticas restaurativas en la escuela.

#### Collingwood Primary School informó:

- reducción de 98,3% en expulsiones de clase;
- reducción de 92,0% en expulsiones del recreo;
- reducción de 77,8% en cantidad de tarjetas rojas sacadas durante el almuerzo;
- reducción de 75,0% en incidentes de conductas racistas;
- mejora de 86,7% en la puntualidad.

#### Endeavour High School informó:

- reducción de 45,6% en incidentes de abuso verbal;
- reducción de 59,4% en incidentes de abuso físico;
- reducción de 43,2% en incidentes de conductas problemáticas;
- reducción de 78,6% en incidentes de conductas racistas;
- reducción de 100% en incidentes de consumo de drogas;
- reducción de 50% en incidentes de robo;
- reducción de 44,5% en expulsiones por períodos determinados;
- reducción de 62,5% en días totales de ausencia del personal.

<sup>2</sup> McCold, P. (2005). *Evaluation of a Restorative Milieu: Replication and Extension for 2001-2003 Discharges*. International Institute for Restorative Practices: Bethlehem, Pennsylvania. p. 1, [haga clic aquí](#).

<sup>3</sup> Ibid., p. 6.

<sup>4</sup> McCold, P. and Chang, A. (2008). *Community Service Foundation and Buxmont Academy Analysis of Students Discharged During Three School Years (2003-2006)*. Bethlehem, Pennsylvania: International Institute for Restorative Practices. p. 6, [haga clic aquí](#).

<sup>5</sup> Ninguna de estas evaluaciones fue un ensayo de control aleatorio. Más allá de cualquier consideración ética relacionada con la asignación de individuos a un grupo de control, los tribunales y las escuelas no estarían dispuestos a derivar jóvenes a programas que no creyeran tan efectivos como los de CSF Buxmont, por lo que se utilizó otra metodología de investigación.

<sup>6</sup> Lewis, S. (2009). *Improving School Climate: Findings from Schools Implementing Restorative Practices*. Bethlehem, Pennsylvania: International Institute for Restorative Practices. Un vincula al informe en PDF está disponible en el [sitio web](#).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La directora de Endeavour High School también indicó que la reducción en las ausencias del personal generó ahorros de £60.000 en el costo de las suplencias en los ocho meses siguientes a la introducción de las prácticas restaurativas.

### **Evidencia de justicia restaurativa**

El IIRP también creó el [programa Justicia Real](#) para enseñarles a los profesionales cómo facilitar la organización de conferencias de justicia restaurativa, que amplían el círculo para incluir más participantes que el enfoque de justicia restaurativa anterior, de mediación entre la víctima y el delincuente.

En 2007, se realizó una revisión integral en el Reino Unido y otros países, realizada bajo el auspicio de Smith Institute, que demostró que la justicia restaurativa (RJ) [fundamentalmente las conferencias de justicia restaurativa]:

- redujo sustancialmente la reincidencia de algunos delincuentes, pero no de todos;
- duplicó (o más) el número de delitos llevados a la justicia por medios alternativos al del sistema tradicional;
- redujo los síntomas de estrés postraumático de las víctimas de delitos y los costos relacionados;
- dejó más satisfechos tanto a las víctimas como a los delincuentes en comparación con el sistema judicial tradicional;
- redujo el deseo de venganza violenta de las víctimas de delitos con respecto a los delincuentes;
- redujo los costos de la justicia penal, en los casos en que se utilizó como alternativa al sistema tradicional;
- redujo la reincidencia más que la prisión (en el caso de los adultos) o igual que la prisión (en el caso de los jóvenes)<sup>7</sup>.

En 2012, un estudio de investigación australiano comparó las tasas de reincidencia entre jóvenes delincuentes que fueron llevados a juicio y jóvenes cuyo caso se abordó mediante “conferencias de justicia juvenil” de carácter restaurativo en Nueva Gales del Sur. El estudio concluyó no sólo que las reuniones de justicia restaurativa no eran mejores que el sistema judicial tradicional para reducir la reincidencia, sino que en su revisión introductoria de estudios de investigación previos sobre las conferencias restaurativas, los dos investigadores contradijeron la revisión de 2007 argumentando que “los estudios revisados proporcionaban una base muy pobre para sostener con certeza que las conferencias restaurativas reducen la reincidencia en modo alguno<sup>8</sup>.

Aunque sin duda existe una controversia respecto de si las conferencias restaurativas reducen la conducta delictiva o no, que se puede deber, en parte, a la variabilidad en la calidad de este tipo de conferencias en diferentes jurisdicciones, existen evidencias sólidas e indiscutibles de que las conferencias de justicia restaurativa *reducen el impacto negativo del delito*. Esto solo proporciona suficiente justificación para que consideremos a la “reducción de daños” uno de los objetivos principales de nuestros sistemas de justicia penal.

La revisión de las investigaciones sobre conferencias de justicia restaurativa realizada en 2007 por el Smith Institute determinó que: “En lo que respecta a ayudar a las víctimas por el solo mérito de dicho objetivo, la evidencia a favor de la RJ es concluyente”<sup>9</sup>.

Tal vez los resultados más sorprendentes de las investigaciones son aquellos que indican una reducción en los trastornos graves por estrés postraumático, que a menudo persisten durante años después del incidente. La Dra. Caroline Angel, de la Universidad de Pensilvania, estudió los efectos de las conferencias restaurativas sobre las víctimas de robos y otros delitos y dijo: “Lo más llamativo es que las reuniones redujeron los síntomas de trastorno por estrés postraumático. Lo que tenemos aquí es un programa que se implementa una sola vez y produce beneficios para la mayoría de las partes involucradas”<sup>10</sup>.

### **Evidencia de conferencias de grupo familiar (FGC) y toma de decisiones de grupo familiar (FGDM)**

El IIRP también apoya intensamente y ofrece educación en otra práctica restaurativa, la conferencia de grupo familiar. Cuando Nueva Zelanda sancionó una nueva Ley de Niños, Jóvenes y sus Familias en 1989, nadie podía haber predicho el impacto revolucionario que ésta tendría en todo el mundo, inicialmente en el trabajo social y eventualmente en muchas áreas relacionadas. Esta ley otorgó a las familias cuyos niños hubieran sido retirados de sus hogares el derecho a acceder a un plan alternativo antes de que se tome esa medida. La legislación creó un proceso para hacer esto posible y lo denominó “conferencia de grupo familiar” (o FGC, por sus siglas en inglés), que se ha difundido en todo el mundo. Luego, en Norteamérica, adquirió el nombre de “toma de decisiones de grupo familiar” o FGDM.

---

re-offending.” Crime and Justice Bulletin. No. 160. New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research, Sydney, Australia.

<sup>9</sup> Sherman, L. y Strang, H. op. cit.

<sup>10</sup> Porter, A. (2006, August 15) “Restorative practices reduce trauma from crime, study shows.” Restorative Practices eForum. Bethlehem, Pennsylvania: International Institute for Restorative Practices, [haga clic aquí](#).

---

<sup>7</sup> Sherman, L. and Strang, H. (2007). *Restorative Justice: The Evidence*. London: Smith Institute.

<sup>8</sup> Smith, N. and Weatherburn, D. (February, 2012). “Youth Justice Conferences versus Children’s Court: A comparison of

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La característica más radical de esta ley es su requerimiento de que, después de que los trabajadores sociales y otros profesionales informen a la familia sobre las expectativas del gobierno y los servicios y recursos disponibles para apoyar su proceso, los profesionales deben abandonar la sala. Este “tiempo de intimidad familiar” o “tiempo privado para la familia” es cuando la familia extendida y los amigos de la familia tienen la oportunidad de hacerse responsables de sus propios seres queridos. Nunca antes en la historia del estado intervencionista moderno se había demostrado tanto respeto por parte del gobierno hacia los derechos y las potenciales fortalezas de las familias.

Una revisión de la investigación realizada por la American Human Association arrojó resultados positivos para el uso de FGC/FGDM en la protección de los niños. “En resumen, la investigación colectiva demostró que, en comparación con las prácticas tradicionales de bienestar del niño, los planes de seguridad de los niños desarrollados conjuntamente por las familias, sus redes de apoyo y los representantes del sistema de bienestar de los niños tienen más probabilidades de mantener seguros a los niños, resultar en ubicaciones más permanentes para los niños, disminuir la necesidad de asignar a los niños a familias de acogida, mantener los lazos familiares e incrementar el bienestar familiar. La FGDM se puede utilizar para desarrollar soluciones efectivas incluso para los casos más problemáticos de bienestar del niño. La FGDM se puede utilizar exitosamente en situaciones de abandono, violencia doméstica, abuso de sustancias y abuso físico o sexual, independientemente de factores como edad, raza, etnia y nivel de implicación en el sistema de bienestar del niño”<sup>11</sup>.

Una revisión similar realizada para el gobierno de Escocia tuvo resultados positivos pero ambivalentes. Determinó que “se espera que la FGC sea eficaz en dos sentidos: permitir que la familia extendida se involucre totalmente en la toma de decisiones y la planificación; y lograr mejores resultados para los niños”. El informe ejecutivo de la revisión concluyó que “la FGC era considerada una forma éticamente sólida y efectiva en términos de practicidad para las familias cuyas fortalezas y cuyos recursos a menudo se mantienen no explotados por las prácticas tradicionales...

No obstante, hay un fuerte acuerdo entre la literatura y las personas entrevistadas respecto de que la FGC no es una fórmula mágica, sino que sólo logra mejoras en los servicios a los niños si se ofrece dentro del marco de los servicios necesarios”. En cuanto al ahorro de costos, determinó que “las pruebas disponibles indican que en general la FGC es neutral respecto de los costos o los reduce”<sup>12</sup>. Creo que este hallazgo ambivalente se debe al amplio rango de servicios de variada calidad que se presta en las distintas jurisdicciones.

No obstante, cuando las conferencias son de calidad elevada, los resultados son más convincentes. Eigen Kracht es una ONG (organización no gubernamental) holandesa líder a nivel mundial en la organización de conferencias restaurativas que desarrolló un abordaje confiable y efectivo en términos de costos, a través de individuos no profesionales capacitados como coordinadores a los que se les paga por conferencia. “La investigación ha demostrado que las conferencias organizadas por Eigen Kracht son efectivas, incluso en situaciones complejas en las que está involucrado el cuidado de jóvenes, en casos de violencia doméstica y en casos de las llamadas familias multiproblemáticas. Los costos son relativamente bajos, los clientes quedan satisfechos y en la mayoría de los casos la calidad del plan que elaboran las familias es buena, según las familias y también según los profesionales. La mayoría de los planes se ejecutan, los problemas se solucionan, y se previene la escalada en la institucionalización. En muchos casos, Eigen Kracht tiene resultados efectivos y ahorra costos. Esto es porque las familias utilizan sus propios recursos (en lugar de solicitar cuidados residenciales, como podrían hacerlo los profesionales), procuran ayuda en el hogar y acuden a los cuidados de familias de acogida (de la red) en lugar de acudir a cuidados residenciales para jóvenes”<sup>13</sup>.

En un análisis resumido de costos de una serie de casos de cuidados residenciales, cuidados de acogida y cuidados no residenciales, el costo de los servicios “por expediente” (incluyendo las conferencias) en casos administrados por Eigen Kracht, las conferencias tenían un costo promedio de €8.900 euros mientras que otros casos comparables que no se abordaron con conferencias tenían un costo promedio de €16.180 euros en servicios prestados por caso, casi el doble<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Merkel-Holguin, L. (2005) “FGDM: An Evidence-based Decision-making Process in Child Welfare. *Protecting Children*. Vol 10, No. 4. p. 2-3. Englewood, CO: American Humane Association.

<sup>12</sup> Barnsdale, L. and Walker, M. (2006) “Examining the Use and Impact of Family Group Conferencing: Executive Summary.” Edinburgh, Scotland: Scottish Executive, [haga clic aquí](#).

<sup>13</sup> Eigen Kracht. (2004-2009) “Results and Cost Benefits”, [haga clic aquí](#).

<sup>14</sup> Op. cit.

**Conclusión**

Mientras que la justicia restaurativa y otras prácticas restaurativas todavía se encuentran en una fase incipiente de su desarrollo e implementación, las pruebas obtenidas hasta ahora demuestran que la RJ ofrece una gran promesa de revertir las conductas humanas antisociales en forma efectiva en términos de costos con el objetivo de avanzar hacia una sociedad más civilizada.

**Ted Wachtel** es el Presidente del Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIPR).

## Leyes, penas y cárceles: ¿Cuánto sirven (y cuánto no) para la seguridad ciudadana?

Jean Schmitz



Quando me propusieron escribir este artículo, opté por iniciarlo con algunos apuntes de mi experiencia humana y profesional en el Perú. Considero que estos breves relatos me permiten expresar e ilustrar mejor mis sentimientos, opiniones e ideas, arraigándolos en la experiencia concreta, para proponer luego algunas alternativas para el desarrollo de una efectiva política de seguridad ciudadana, sana e inclusiva.

### Escena 1: En el centro de internamiento de adolescentes infractores del Cuzco

Hace unos años, de visita en el centro para adolescentes infractores de esa ciudad, me llamó mucho la atención un chico cuyos pasos se cruzaron con los míos en el patio, porque parecía un niño más que un adolescente. Efectivamente, tenía tan solo 12 años y parecía muy frágil, con su cuerpo menudo y la mirada perdida. Le pregunté como le iba por allí. En voz baja y con los hombros caídos, respondió: "Bien, gracias". En seguida le pregunté cuánto tiempo había pasado sin ver a sus padres. Me contestó: "No sé, hace tiempo". Este niño provenía de una comunidad muy lejana. Mirándolo a los ojos, era inevitable pensar en mis propios hijos. Siguiendo mi camino, averigüé el motivo de su detención: había robado comida en un mercado. Llevaba cinco meses encerrado, sin recibir sentencia. ¡Cómo no sentirse mal e incómodo! Cuesta entender algo así. Si bien no tenía todos los elementos para evaluar el caso y emitir una opinión definitiva, me dolió conocer la situación de este muchachito.

Es inevitable preguntarse si no había otra forma de que la autoridad interviniera en el caso de este chico. ¿Cuántos casos semejantes hay en nuestros centros juveniles? ¿Cuántos adolescentes son internados por cometer una infracción leve, en lugar de recibir una medida alternativa a la privación de la libertad o una remisión<sup>1</sup> ligada a un programa de acompañamiento, que son posibilidades previstas en las normas? ¿Cuántos carecen de la oportunidad de ser defendidos y protegidos en estricto cumplimiento de lo que manda la ley? ¿En qué ayuda este internamiento a que la víctima del robo de unos alimentos se sienta satisfecha en cuanto a sus propias necesidades e intereses?

### Escena 2: En el Centro Juvenil Femenino de Santa Margarita

En una época no tan lejana solía visitar regularmente el Centro Santa Margarita, único centro juvenil femenino en todo el país, localizado en el distrito de San Miguel. En esa época había 42 internas<sup>2</sup>, cantidad apropiada para realizar un trabajo de rehabilitación adecuado, bajo la conducción de profesionales competentes y motivados en su mayoría, bajo el liderazgo de una directora, una trabajadora social, convencida de poder encontrar siempre potencial y recursos en cada una de las internas para propiciar en ellas un cambio positivo que les permitiera, a su salida, tener un proyecto de vida.

Acostumbraba ir cada lunes, durante la actividad de aprendizaje de cosmética (peluquería, manicura, pedicura), ofrecida por una instructora muy hábil para entablar comunicación con las internas y motivarlas. A la tercera visita, estas jóvenes ya no tenían más inhibición de practicar cortándome las uñas o el pelo. Había logrado mi objetivo de entablar una comunicación sincera, crear confianza y promover empatía. Nada más. No me importaba si mi cabello no quedaba tan bien cortado.

Nunca podré olvidar a M. J., que me contó su historia personal a lo largo de mis numerosas visitas. Me dijo que la mayoría de los profesionales del centro la había tratado bien en los dos años y diez meses de internamiento, con control y respeto, con disciplina y apoyo, con autoridad y afecto. Me dijo que había reflexionado y sentía mucho arrepentimiento y dolor. Sentía que había aprendido mucho y que no quería ser la misma de antes.

<sup>1</sup> La remisión fiscal otorga al fiscal poder excluir el caso de un proceso penal y optar por una respuesta social responsable, con un seguimiento efectivo.

<sup>2</sup> En febrero del 2012, el centro tiene alrededor de 54 internas femeninas.

Tenía ya teorizado un nuevo proyecto de vida... trabajar en una peluquería. Yo estaba convencido de su sinceridad, su reflexión intensa y su asumida responsabilidad. Al cabo de varias visitas, ya no tenía duda.

Sin embargo, a medida que se acercaba la fecha de su liberación, M. J. se encontraba atrapada cada vez más entre dos emociones totalmente contradictorias. Por un lado, tenía sentimientos de felicidad y gozo por la perspectiva de recobrar la libertad, de caminar por fin lejos de las rejas y – Dios quiera, como ella decía– poder trabajar en una peluquería y formar una familia. Por otro lado, la abrumaban sentimientos de angustia, miedo, incluso pánico y rabia ante la posibilidad de una salida hacia la incertidumbre, el vacío, lo desconocido, el riesgo de recaer, el temor de volver a encontrarse con las víctimas de sus infracciones, los miembros de su familia disfuncional o sus “amigos y amigas”, aún metidos en la mala vida, que la esperaban.

M. J. quería abrir la puerta ya, pero tenía miedo de salir y caminar, pues no sabía por donde ir, ni con quién andar. En su rostro de cada lunes, yo veía su sonrisa transformarse en llanto y luego el llanto volverse sonrisa. Estaba perdida e insegura.

¿Cuántas jóvenes como ella están listas y sinceramente dispuestas a cambiar y ser personas positivas, colaboradoras y productivas para la sociedad, pero carecen de apoyo en el momento crucial de reiniciar sus vidas? ¿Cuántas están realmente preparadas para cruzar las rejas e integrarse nuevamente a la sociedad? ¿Qué hacen la sociedad y el Estado para reconocerlas como personas, como ciudadanas rehabilitadas e integradas, en vez de etiquetarlas como “ex internas”? ¿Cómo reaccionarán las víctimas de las pasadas malas acciones de M. J. al enterarse de su salida?

### **Escena 3: En una comisaría de la Policía Nacional en El Agustino**

Hace unos cinco años, al iniciar un proyecto piloto de aplicación de justicia juvenil restaurativa en el distrito de El Agustino, en Lima, del cual fui responsable, presencié casualmente una situación que provocó en mí una mezcla de enojo, confusión, empatía y tristeza. Solo la presencié, observándola con toda atención de principio a fin, sin intervenir. Yo estaba petrificado ante la escena. No era la única persona que la presenciaba; estábamos varios en la comisaría, hombres y mujeres, pero la mayoría asistía a la escena con indiferencia, como diciendo: “no es mi asunto, no me meto”.

Una mujer había sido asaltada violentamente por tres jóvenes, que le robaron su cartera con sus documentos personales, celular, dinero. El hecho acababa de ocurrir, a plena luz del día, muy cerca de la comisaría.

La mujer estaba muy nerviosa y entró pidiendo auxilio a los policías para perseguir a los asaltantes y recuperar sus pertenencias. Pero no le hicieron caso y ella siguió gritando hasta que un policía se acercó a increparle en plena cara: “¿Por qué grita así? No sirve de nada gritar, espere, que ya la atenderán en algún momento”.

La víctima del asalto, desconcertada, siguió con sus lamentos, insistiendo en la urgencia. Recibió entonces, con estupor, una nueva respuesta aún más cortante: “Espere su turno, como todos, usted no es la única aquí, o vaya a calmarse afuera”. La sorpresa y el sobresalto de la mujer al escuchar esta respuesta con un tono de voz autoritario, fueron mayúsculos y la movieron a una situación de gran enojo, casi rabia, atacando verbalmente al policía que no le prestaba auxilio como ella esperaba.

Entonces la mujer buscó entre los presentes algún apoyo, narrando lo que le había sucedido en voz alta y entrecortada, suplicando que alguien la atendiera. Después de unos segundos de silencio, con lágrimas y la voz quebrada, se retiró de la comisaría reprochando que a nadie le interesaran los asaltos y la delincuencia en las calles; hasta calificó a los policías de ser parte de la misma banda que la asaltó.

Lamentablemente esta historia no es un caso aislado. Al contrario: es muy común. La víctima no fue atendida como es debido, de un modo justo, respetuoso y comprensivo. Esto no significa que los policías debían descuidar el trabajo que hacían, pero al menos uno de ellos hubiera podido cumplir mínimamente con las expectativas de la víctima, como cuando se presenta un caso de emergencia en una posta médica. ¿Se imaginan a un médico diciéndole que espere su turno al paciente que se desangra?

¿Tan difícil era que uno de los agentes (o de las personas allí presentes, empezando por mí) intentara tranquilizarla, *escucharla*, proponerle sentarse e invitarle un vaso de agua, o tomarle sencillamente la mano y darle una palmadita en la espalda como consuelo? Así, todo hubiera sido diferente. De la rabia, la mujer hubiera pasado a la aflicción, recuperándose poco a poco del susto. Pero la indiferencia y la insensibilidad de aquel policía, como de todos los que estábamos presentes, prevalecieron, victimizándola por segunda vez.

No hay justicia posible si no se toman en cuenta las necesidades e intereses de las víctimas, si no hay oportunidad de que los daños que han sufrido sean reparados. No es justo asignar a la víctima solo un rol pasivo y burocrático como denunciante o testigo, e indicarle que haga su cola, sin que sus emociones puedan ser expresadas, sin que sus mínimos intereses y necesidades afectados por la agresión sean tomados en cuenta.

¿Por qué las víctimas son tan mal atendidas y resultan nuevamente victimizadas por el sistema de justicia? ¿Por qué la justicia se interesa casi exclusivamente por penar al infractor y “apena” a la víctima? ¿Qué espacio y derecho se les da a las víctimas de una transgresión desde el momento en que esta se produce?

### **Las Leyes**

En cuanto a las leyes relacionadas a la seguridad ciudadana, mi opinión es que tenemos que saber diferenciar entre leyes con metas populistas y leyes con metas de política pública.

Las primeras –las populistas– aparecen en general súbitamente, luego de un acontecimiento mediatizado o de una situación grave que conmueven las emociones de los ciudadanos. Surgen repentinamente, sin mucha elaboración y reflexión, como una reacción impulsiva; en términos médicos se diría *inflamatoria*. La pena de muerte, como instrumento supuestamente disuasorio del delito, es probablemente el más recurrido ejemplo de una ley populista, aun cuando resulte difícil promulgarla debido a la prohibición constitucional y los tratados de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. No obstante ello, ¿cuántos políticos vuelven a la carga, una y otra vez, para promoverla y anunciarla como una medida factible e inminente, luego de ocurrir un crimen horrible, como una violación o un secuestro seguidos de muerte?

En otros casos, ciertos diputados reaccionan con la propuesta de modificar una ley ya existente, endureciéndola, por supuesto, para incrementar la pena agregando una capa más de dolor a la sanción, sin que esto resuelva las necesidades de las víctimas y no les ofrezca ninguna reparación. En realidad, lo que suele buscar el promotor de la ley punitiva no es otra cosa que cobrar más reconocimiento personal, más notoriedad y presencia en los medios de comunicación. Desgraciadamente, estas leyes se aprueban tanto más rápidamente cuanto la situación que la generó (por ejemplo, un secuestro) afecta a una persona que goza de poder o reconocimiento y no a un ciudadano común y corriente. A estas leyes, yo las llamo leyes *urticaria*.

Numerosos estudios demuestran que, en ninguna parte del mundo, la pena de muerte ha reducido los índices de criminalidad. Donde esta se aplica, los agresores no temen matar a su víctima para reducir el riesgo de ser identificados y condenados.

Afortunadamente, dentro de toda esta confusión, también se han abierto paso leyes interesantes, impulsadas por la sociedad civil, por juristas y hasta por políticos esclarecidos, que los hay. Se trata de leyes instituidas con aspiración y criterio de política pública para promover la convivencia social, la cultura de paz y la seguridad ciudadana.

Medidas como la conciliación, la figura de un juez de paz letrado en comisaría policial, de juez no letrado en comunidades alejadas, de arrepentimiento sincero y duradero, por ejemplo.

Apoyarse en estas normas, así como en las disposiciones progresivas de la Constitución y en los tratados internacionales es la clave para desarrollar un sistema jurídico que sirva auténticamente a los intereses de la sociedad.

### **Las Penas**

Hay que notar que la palabra *pena* proviene del término en latín *poena*, el cual posee una connotación de dolor y sufrimiento causado por un castigo. La creencia en que los castigos cambian comportamientos es la base para las políticas de disciplina alrededor del mundo. Pero esta creencia no se apoya en evidencia. El castigo solo tiene un efecto superficial, especialmente cuando las personas que se comportan mal están a la vista de los que tienen autoridad.

La teoría de la pena busca producir una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad, efectos que se suponen positivos para ésta. Por ello, la pena busca dos efectos básicos: 1) inducir una prevención general dirigida al conjunto de individuos que conforman la sociedad; 2) provocar una prevención especial, dirigida al sujeto que ya ha sido penado.

En la mayoría de nuestras sociedades, la pena, especialmente la privación de la libertad, busca primordialmente un efecto puramente retributivo, en un sentido análogo al desquite o venganza, y no la enmienda e inserción del penado en la comunidad de la que proviene y es parte. Por lo demás, ¿en qué medida se toman en consideración en la formulación de las penas aspectos fundamentales como los famosos **R**: asunción de **R**esponsabilidad del victimario, **R**eparación a la víctima y **R**ehabilitación del transgresor?

Si el objetivo teórico de la justicia es contribuir a la paz social, debemos lamentablemente reconocer que la mayoría de las sociedades ha optado para que sea sinónimo de venganza y sufrimiento duradero. En Estados Unidos se da a la víctima o a sus familiares, la supuesta satisfacción de presenciar la ejecución del reo: ¿qué es esto, sino reconocer la pena como una revancha retributiva? Un análisis intuitivo nos permite concluir que, de la suma de un mal y otro mal, no puede resultar un bien sino un mal mayor. El modelo ideal consistiría en que toda persona que provoca un mal (un dolor, un sufrimiento) debería compensarlo haciendo un bien doble o triple a la sociedad, y así cancelar su deuda. Los delitos serios o muy serios son definitivamente muy complicados y difíciles de reparar, aunque en algunos casos es posible.

Podemos asumir también que la institucionalización de un adolescente en un centro cerrado puede ser considerada por un juez más bien como una medida protectora y paternalista antes que sancionadora o retributiva. Esto sucede frecuentemente cuando un juez juzga a menores en conflicto con la ley que malviven librados a su suerte en las calles o que son miembros de una familia extremadamente disfuncional y negativa para su desarrollo. En tal caso, numerosos jueces consideran favorable el internamiento del adolescente, ya que tendrá acceso a servicios básicos como alimentación, cama, escuela obligatoria y un equipo de personas que lo custodia (guardias y profesionales). En general, estos jueces no conocen realmente el sistema carcelario por dentro.

Habría pues necesidad urgente de reformular a fondo nuestro concepto sobre las penas y definir qué queremos conseguir con ellas. Si lo único que perseguimos es retribuir al infractor de la ley con una fuerte dosis de mal, probablemente no haya mayores cambios que hacer. No obstante, quienes están en esta posición deberían reflexionar sobre el hecho de que, con estas penas aplicadas de la forma que todos sabemos, nuestras cárceles se han convertido en altas escuelas de delito. Este es un camino que reproduce indefinidamente la dialéctica de la delincuencia y la represión penal, que mutuamente se alimentan.

Si, por el contrario, concebimos que las penas debieran contener la posibilidad de rehabilitación del infractor de la ley, deberíamos reformularlas radicalmente en concepto, contenido y modalidades de aplicación. Reducir al mínimo su contenido de dolor infligido y acrecentar al máximo un nuevo contenido educativo y reconciliador, sería la orientación básica.

### **Las cárceles**

En cualquier contexto, la privación de la libertad es ciertamente la pena más difícil y dolorosa que puede recibir un infractor de la ley, sobre todo cuando cae en un centro de internamiento sobrepoblado y violento, de pésima reputación, como el penal de Lurigancho en Perú. Cada país tiene su cárcel de "prestigio".

En el fondo nos avergonzamos de estas cárceles; entonces, con el objetivo de apaciguar las conciencias inquietas, cedemos a la tentación de maquillar el nombre de los centros de internamiento con términos tranquilizadores para el público. Así, el conocido centro de menores de "Maranguita" en Perú oficialmente se llama "Centro de Diagnóstico y Rehabilitación Juvenil de Lima". Esta denominación no modifica de ninguna manera el modo como se trabaja en su interior. Esta cárcel de menores, pues de esto se trata, tenía internados en el año 2003 unos 350 adolescentes varones.

En la actualidad ya son alrededor de 1.000 adolescentes, sin que paralelamente el centro disponga de un incremento significativo de sus recursos humanos, técnicos y económicos.

En muchos países, la mera privación de la libertad no solo ha demostrado ser ineficaz en la lucha contra el crecimiento de la delincuencia, sino por lo contrario, tomando en cuenta los índices de reincidencia, hasta parece ser que la estimula. La pena de privación de la libertad no termina al salir de prisión, pues el estigma y reproche social de "haber estado en la cárcel" persigue al excarcelado a lo largo de su vida, como una estampilla que le impedirá regresar al ámbito social, laboral e incluso familiar.

Lo que sorprende intensamente es que, a pesar de que la mayoría de los ciudadanos, incluyendo autoridades políticas, periodistas, ciudadanos en general y víctimas en particular, son muy conscientes de que las cárceles no son un lugar en el que se puede desarrollar un tratamiento de resocialización, que más bien semejan hacinadas escuelas del crimen, empero siguen abogando por el encarcelamiento incluso para los casos leves, ejerciendo fuertes presiones sobre los magistrados.

John Braithwaite, distinguido criminólogo australiano, insiste en la importancia de saber "separar el acto de quien lo comete". En otras palabras, reclama que se deben rechazar todas las conductas y comportamientos contrarios a la ley, pero no rechazar a la persona.

Las sociedades (las escuelas, en particular) han llegado a la conclusión de que si aquéllos que se comportan mal o cometen delitos son forzados a sufrir castigos, será menos probable que repitan su mala conducta. Si esto fuera cierto, entonces el trabajo del responsable de la disciplina escolar o del juez en la corte penal sería muy fácil. Con cada infracción, se impondría al autor una cierta cantidad de incomodidad. Si ese castigo no lograra cambiar el comportamiento del infractor, entonces el responsable de disciplina o el juez simplemente aumentarían el nivel de sufrimiento hasta que cese la conducta inadecuada.<sup>3</sup>

Las prácticas educacionales de disciplina y las de justicia penal se basan en el castigo para cambiar el comportamiento. No obstante, el aumento continuo del número de privados de libertad y de estudiantes expulsados hace cuestionable la validez de este abordaje.

John Braithwaite también planteó una interrogante sorprendente para un criminólogo. En lugar de hacer la pregunta criminológica tradicional: ¿por qué la gente comete un crimen?, se preguntó: ¿por qué la mayoría de gente hace lo correcto la mayor parte del tiempo?

---

<sup>3</sup> Introduction to Restorative Practices, Ted Wachtel y Bob Castello. IIRP, [haga clic aquí](#).

Podríamos hacer la misma pregunta a nuestros hijos o a los estudiantes: ¿por qué la mayoría de ellos se porta bien en la calle, en la casa o en la escuela la mayor parte del tiempo? Simplemente porque quieren que las personas con quienes tienen relaciones piensen que son buenas personas.

### **La seguridad ciudadana**

Hace varios años que el término seguridad ciudadana está en el centro de los debates en cuanto a la lucha contra la violencia y la delincuencia en América Latina. Este concepto está específicamente orientado a la protección de los ciudadanos y por ello difiere del concepto de seguridad nacional que dominaba el discurso público en las décadas anteriores, el cual apuntaba ante todo a la protección y defensa de un Estado que, con frecuencia, ni siquiera era democrático.

No hay una definición ni una interpretación única del concepto de seguridad ciudadana; por el contrario, circulan numerosas nociones cuyo contenido varía mucho dependiendo de quién y en qué ocasión la utilice. No hay consenso sobre la definición de esta idea, por lo tanto, su contenido puede pasar de ser muy preciso y restringido a ser muy ambiguo y amplio. Puede contener aspectos tanto preventivos y proactivos como reactivos.

Una definición típica es la del PNUD (2006), que define la seguridad ciudadana como “la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros.”

En general, se entiende por seguridad ciudadana, para efectos de la ley, la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a garantizar la convivencia social, la erradicación de la violencia y el uso pacífico de los servicios, vías y espacios públicos, así como la prevención de la comisión de delitos y faltas.

Sin embargo, mi experiencia recorriendo la mayoría de países latinoamericanos me permite afirmar que las políticas gubernamentales de seguridad ciudadana consisten generalmente en crear y aplicar políticas represivas, opresivas y restrictivas: más sistemas de protección, más vigilancia, más cámaras, más rejas, más limitaciones para el ciudadano, más patrullajes y mayores penas, en vez de responder mejor a los intereses y necesidades de los ciudadanos promoviendo una cultura de paz, basada en una convivencia inclusiva y pacífica.<sup>4</sup>

Una sana política de seguridad ciudadana sirve a la convivencia social y al desarrollo de una cultura de paz. Poner éstas a merced de las necesidades contingentes de la seguridad, es un grave error que alimenta el círculo vicioso de la violencia.

### **Las prácticas restaurativas como alternativa**

Los ciudadanos no pueden coexistir pacíficamente sin que la sociedad en la cual viven determine principios y valores, fije normas y límites, establezca leyes y tome medidas para quienes no las respetan. Las relaciones humanas no son solo benéficas y propicias para garantizar un desarrollo armónico personal, familiar y social, sino que pueden ser también dolorosas, belicosas, competitivas y nefastas. Con mayor o menor grado, la violencia siempre ha estado presente en todos los tiempos y en todas las sociedades.

Aunque quisiera que no existiera ninguna, no promuevo el cierre de las cárceles, sino que como lo propone las NNUU, la sanción de privación de la libertad por transgredir la ley penal debería ser considerada siempre como último recurso y por el menor tiempo posible. Solo se debería internar en ellas a todas las personas que no aplican para una medida alternativa al encierro, es decir, estrictamente para los casos muy graves. Insisto, más bien, en que los operadores de justicia y los equipos interdisciplinarios hagan un tamizaje adecuado para evitar el internamiento de personas que podrían ser tratadas en medio abierto, bajo un acompañamiento profesional efectivo.

¡Empecemos por los jóvenes! Los adolescentes que infringen la ley necesitan que hagamos algo por ellos, ahora mismo, para evitar que sigan el camino de la delincuencia adulta. Reformulemos decididamente el contenido de las medidas, privilegiando su contenido educativo y reservando la privación de libertad para los casos realmente graves.

¡Actuemos preventivamente! ¿Cómo así? Creando redes, fortaleciendo los lazos de la vida comunitaria, introduciendo entre los líderes comunales nuevas habilidades para enfrentar situaciones de tensión y conflicto que incluyen el delito juvenil. Actuemos antes de que los niños que están en vías de convertirse en adolescentes se vean envueltos en la lógica de una violencia sin retorno.

Entre los adultos, empecemos por los casos más sencillos. Hagamos lo posible por no entregarle más gente a esa moledora de vidas y generadora de violencia que es la cárcel.

---

<sup>4</sup> Jean Schmitz, Injusticia y Sociedad. Justicia Para Crecer, n. 14, [haga clic aquí](#).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El concepto de prácticas restaurativas tiene sus raíces en la justicia restaurativa: una nueva forma de ver la justicia penal que se enfoca en renovar y construir conexiones dentro de la comunidad en un mundo cada vez más desconectados y complicado, así como reparar el daño hecho a las personas y las relaciones humanas y sociales, en lugar de centrarse exclusivamente en el castigo.

Ya hay ejemplos efectivos de estos avances. En trabajo social, por ejemplo, las reuniones familiares en grupo o los procesos de decisión familiares empoderan a las familias para reunirse en privado, sin profesionales en la sala de reunión, para elaborar un plan de protección a los niños en sus familias de mayor violencia y negligencia (American Human Association, 2003).

En el sistema de justicia penal, los círculos restaurativos y las reuniones restaurativas permiten que víctimas, victimarios y miembros de sus familias y amigos se reúnan para explorar cómo todos han sido afectados por el delito y, cuando es posible, decidir cómo reparar el daño y satisfacer sus propias necesidades (McCold, 2003). En la educación, los círculos y grupos proveen oportunidades para que los estudiantes compartan sus sentimientos, construyan relaciones, resuelvan problemas y, cuando hay un conflicto, jugar un rol encarando el mal para hacer que las cosas salgan bien (Riestenberg, 2002).

*¿Qué pasaría si todos aquellos que trabajan con los jóvenes y sus familias adoptaran una estrategia unificada para hacer frente al delito juvenil, las conductas disruptivas en las aulas y las tasas de abandono, suspensión y expulsión de las escuelas?*

Las prácticas restaurativas son una estrategia de este tipo. Su premisa subyacente, respaldada por resultados impresionantes en muchos contextos alrededor del mundo, es que las personas son más felices, más cooperadoras y productivas, y tienen mayores posibilidades de hacer cambios positivos, cuando aquéllos que se encuentran en una posición de autoridad hacen las cosas *con* ellas, en lugar de hacerlas *para* ellas o *por* ellas. Las prácticas restaurativas proporcionan un medio de manejar las relaciones y generar conexión y responsabilidad social, a la vez que proporcionan un foro para reparar el daño cuando se rompen las relaciones.

Hay resultados muy positivos. En el año 2008, Hull en Inglaterra, una ciudad con grandes carencias económicas, de un cuarto de millón de habitantes, que la BBC llamó “el peor lugar para vivir en el Reino Unido”, decidió capacitar a profesionales que trabajaban con los jóvenes y sus familias en el uso de las prácticas restaurativas, incluyendo los servicios sociales, la policía, las escuelas y otras organizaciones locales. Aunque el programa sigue en curso, Hull ha tenido ya resultados notables en una variedad de indicadores sociales: disminución del número de suspensiones, expulsiones y mala conducta escolar, reducción del ausentismo de alumnos y profesores, mejoras en los puntajes obtenidos en los exámenes en las escuelas, así como reducción significativa en la cantidad de delitos cometidos.

Si bien el [IIRP](#) tiene casi dos décadas de experiencia ayudando a otros a implementar prácticas restaurativas, una iniciativa como ésta debe involucrar activamente a las partes interesadas locales. Por ello, en la iniciativa de convertir Barrios Altos en una zona restaurativa, el ILAPR y la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), en colaboración con organizaciones de base locales, planean capacitar a las agencias de servicios infantiles y de familia, a la policía, las iglesias, las escuelas, a los padres y a quienquiera que trabaje con jóvenes y sus familias en este barrio.

El enfoque de la Zona Restaurativa es único. Las prácticas restaurativas se basan en la convicción de que ya tenemos profesionales compasivos y competentes, residentes adultos y líderes comunitarios en Barrios Altos que se beneficiarían adoptando un enfoque unificado y consistente que pueda mejorar el desempeño y la conducta entre los jóvenes, en casa, en la calle y en la escuela, en la ciudad.

De este modo desarrollamos una alternativa preventiva frente al delito juvenil, fortaleciendo a la comunidad, apoyando su cohesión, empoderándola, incorporándole habilidades para enfrentar situaciones de conflicto. La red comunitaria así constituida, será el mejor amortiguador frente a las dificultades que empujan a los jóvenes a seguir una ruta de violencia.

**Jean Schmitz**, Fundador y Director del [Instituto Latino Americano de Prácticas Restaurativas](#).

## Directrices sobre acciones en favor de los niños en el sistema de justicia de África

## The African Child Policy Forum y Defensa de Niñas y Niños Internacional

*El texto a continuación contiene extractos del proyecto final de las Directrices de la Conferencia de Kampala realizada en noviembre de 2011 titulado "Privación de la libertad como medida de última instancia".*

*Se puede consultar la versión completa [aquí](#). Los autores están abiertos a recibir comentarios o sugerencias. Por favor contactarse con Benoît Van Keirsbilck ([bvk@sdj.be](mailto:bvk@sdj.be)).*

### D. Principios básicos

16. Se debe respetar plenamente el derecho de los niños a participar. Es necesario reconocer que la participación significativa, efectiva y bien informada de los niños y adolescentes no sólo permite una mejor comprensión y una posible solución a los problemas que enfrentan, sino que también resulta una de las formas más efectivas de fortalecer su desarrollo social, su autoestima, el respeto por los demás y la necesidad de asumir conductas responsables. A fin de posibilitar que los niños ejerzan su derecho a participar, la autoridad competente debe brindar suficiente información sobre cómo los menores pueden ejercer sus derechos y prestar la debida consideración a las opiniones de los menores. Cuando las sentencias o decisiones tomadas no estén de acuerdo con los deseos o puntos de vista expresados por el menor en cuestión, se le explicarán en un lenguaje que el menor pueda comprender.
17. El interés superior del niño debe ser la consideración primordial en la aplicación de acciones y decisiones relativas a los niños en el sistema de justicia, a menos que, y en forma excepcional, la preservación del bien de la comunidad y de las políticas públicas indiquen lo contrario. Se debe reconocer que la mejor forma de determinar el interés superior del niño es aplicar un enfoque multidisciplinario que permita estudiar en profundidad y orientar las acciones para promover el bienestar físico, social, psicológico y emocional del niño.
18. Se debe garantizar el derecho de los niños a la no discriminación brindando especial protección a los niños más vulnerables, incluyendo a los niños con discapacidades, a los niños que viven o trabajan en la calle, a las niñas, a los niños afectados por VIH/SIDA, a los niños refugiados y desplazados y a los niños separados de sus familias.
19. El derecho de los niños a la dignidad exige que todos los niños en contacto con los sistemas de justicia sean tratados con cuidado, sensibilidad, equidad y respeto durante todo el proceso o tratamiento del caso, independientemente de su condición legal o de la forma en la que ha ingresado al sistema de justicia.
20. Se debe garantizar el derecho de los niños a la supervivencia, la protección y el desarrollo en la mayor medida posible, según lo dispuesto por la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño ACRWC<sup>1</sup> (artículo 5.2). La pena de muerte para los niños por delitos cometidos antes de cumplir 18 años de edad debe quedar totalmente proscripta, incluyendo las sentencias impuestas por cortes religiosas o tradicionales.

### F. Elementos básicos de una justicia apta para los niños

33. Los niños deben tener acceso a accionar judicialmente en su propio nombre, en acciones de clase o colectivas, o a través de otras partes interesadas, representantes legales, padres o tutores que deseen promover justicia en su nombre.
34. A partir de su primer contacto con el sistema de justicia y durante todo el proceso, los niños y los padres deben recibir información y asesoramiento en un lenguaje y a un nivel que ellos puedan entender con respecto a:
  - a. sus derechos, qué opciones de procedimientos judiciales o extrajudiciales existen, la probable duración de los procedimientos y el posible acceso a recursos, apelaciones o revisiones, reparaciones y la disponibilidad de mecanismos independientes de reclamo;
  - b. el momento y lugar en que se realizarán las audiencias judiciales o extrajudiciales;
  - c. El progreso o resultado de los procedimientos;
  - d. Qué medidas de protección tienen a su disposición y cómo y dónde se puede acceder a servicios de apoyo.

<sup>1</sup> Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños (1990).

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

35. Se debe evaluar a los profesionales, al personal no profesional y a los auxiliares de los servicios sociales que trabajan directamente con los niños en el sistema de justicia, incluyendo a los voluntarios comunitarios en los casos en que el sistema de justicia se apoya en los servicios que prestan a los niños a fin de determinar su aptitud para trabajar con los niños.
36. Los profesionales y los asistentes sociales que trabajan con niños en el sistema formal de justicia y, cuando resulte posible en los sistemas de justicia tradicionales y religiosos, deben recibir capacitación sobre los derechos de los niños en el contexto africano, sobre alternativas a los procesos judiciales formales y sobre el desarrollo y la protección de los niños.
37. Los procesos judiciales en los que hay niños involucrados deben completarse sin demoras indebidas y llevarse a cabo en la forma más expeditiva posible, teniendo en cuenta la edad de los niños, su grado de madurez y de desarrollo; las postergaciones de los procedimientos deben limitarse al mínimo.
38. Los Estados deben disponer en forma progresiva el acceso a representación legal especializada para todos los niños involucrados en el sistema de justicia. Los representantes legales que traten con niños en el sistema de justicia deben proporcionar a los niños toda la información necesaria y guiarlos respecto del avance de los procesos. Se debe otorgar prioridad a la creación de agencias y programas que permitan garantizar la disponibilidad de asistencia legal y de otro tipo a los niños en el sistema de justicia en forma gratuita y, en particular, garantizar que se respete el derecho de todos los niños privados de libertad a tener acceso a dicha asistencia desde el momento de la detención. Se deberán atender las necesidades especiales de los niños con discapacidades en lo que respecta a la elaboración y entrega de información sobre el sistema de justicia de menores.
39. En los sistemas de justicia africanos se crearán entornos no intimidatorios y aptos para menores en la mayor medida posible. Los Estados promoverán la creación de cortes especializadas, reconocidas por la ley, respetando los principios de justicia apta para menores y, en ausencia de cortes especializadas, se facultará a las cortes ordinarias para adoptar e implementar procedimientos especiales para niños.
40. Se prestará debida atención a la seguridad y dignidad de los niños desplazados o ilegítimamente retenidos detrás de las fronteras o que se encuentran fuera de su país de origen. Una vez que el menor regresa a su país de origen, se le deben proporcionar medios adecuados de reintegración social orientados a la familia.
41. Los niños no serán sometidos a procedimientos de justicia en tribunales militares o cortes marciales creadas en tiempos de conmoción civil o estados de emergencia. La decisión de recluir o detener administrativamente a un menor durante un período de conflicto armado debe ser revisada a la brevedad posible por la autoridad que procedió a la detención y cualquier detención posterior debe cumplir plenamente con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños y con estas directrices.
42. Los menores acusados de delitos bajo leyes internacionales, presuntamente cometidos mientras se encontraban al servicio de fuerzas armadas o grupos armados deben ser considerados primordialmente como víctimas y no como perpetradores. Dentro de lo posible se deben disponer mecanismos alternativos para la acusación y juicio en cortes penales a los ex niños soldados.

### **H. Derecho de juicio justo para niños en conflicto con la ley**

44. Los niños tienen derecho a todas las garantías de juicio justo aplicables a los adultos y a algunas protecciones especiales adicionales.
45. Los estados deben garantizar que los agentes judiciales y de las fuerzas de seguridad, además del personal de las instituciones de las que los menores no pueden salir por su propia voluntad, reciban suficiente capacitación como para tratar en forma sensible y profesional con los niños que interactúan con el sistema de justicia penal, ya sea como sospechosos, acusados, demandantes o testigos.
46. Los estados deberán sancionar leyes y procedimientos que determinen la edad mínima debajo de la cual se presumirá que los niños no son imputables bajo la ley penal. A menos que ya se haya fijado una edad mínima de imputabilidad penal por encima de este nivel, la edad de imputabilidad penal no debería fijarse antes de los 12 años de edad y los estados deberán llevar a cabo las acciones necesarias para elevar progresivamente esta edad a por lo menos 15 años. Ningún menor de 12 años (o la edad mínima de imputabilidad cuando es de más de 12 años) será arrestado o detenido por la presunción de que ha cometido un delito. Para la aplicación de esta Directriz se subraya la importancia de los sistemas efectivos de inscripción de nacimientos, según lo establecido en la Directriz 23.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

47. Ningún niño será sometido a arresto o detención en forma arbitraria. Los actos que sólo se consideran delitos cuando son cometidos por menores de edad ('delitos juveniles o *status offences* en idioma inglés') serán eliminados de las leyes.
48. Los agentes de las fuerzas de seguridad tomarán todas las medidas necesarias para que todo contacto con menores se lleve a cabo de manera tal de respetar su condición legal, evitar daños y promover el bienestar del menor. En los casos de arresto o detención de un menor sospechoso de haber violado la ley penal, sus padres, tutores o familiares deberán ser notificados de inmediato.
49. En todo momento se respetará el derecho a la privacidad de los menores a fin de evitar daños a causa de la publicidad indebida y no se dará publicidad a ninguna información que pueda identificar a un menor del que se sospeche o al que se haya acusado de haber cometido un delito punible bajo la ley penal.
50. Algunas de las alternativas a las acciones penales con las adecuadas salvaguardas para la protección del bienestar de los menores son la mediación comunitaria o tradicional, las advertencias, los llamados de atención o amonestaciones acompañados de medidas de rehabilitación, la aplicación de programas de justicia restaurativa tales como conferencias entre el menor, la víctima y los miembros de la comunidad y programas comunitarios tales como supervisión y orientaciones temporales o programas que implican la restitución y compensación a las víctimas.
51. La detención previa al juicio se aplicará sólo como medida de última instancia y por el menor tiempo posible. Todo niño que haya sido arrestado por haber cometido un delito será liberado y entregado al cuidado de sus padres, tutores legales o familiares, a menos que existan razones excepcionales para su detención.
52. Las autoridades competentes se asegurarán de que no se mantenga a los menores en condiciones de detención por un período de más de 48 horas antes de comparecer en juicio. Los niños que se encuentran en situación de detención previa al juicio o esperando finalización del procedimiento se mantendrán separados de los adultos en una institución especial o en un pabellón especial de una institución en la que también se alojan adultos. Las niñas se alojarán separadas de los varones. La legislación especificará el período máximo de detención previa al juicio para los menores. Una vez alcanzado dicho plazo el menor será liberado de la detención, independientemente de si se ha llevado a cabo el proceso penal o no.
53. La detención previa al juicio no se utilizará como sanción en violación del derecho a la presunción de inocencia hasta tanto se demuestre la culpabilidad. Ningún menor será juzgado por un presunto delito cometido antes de la edad mínima de imputabilidad.
54. Todo menor arrestado o detenido por haber cometido un delito penal gozará de las siguientes garantías:
  - a. Ser tratado de una manera compatible con la promoción de la dignidad y el valor del niño;
  - b. Contar con la asistencia de sus padres, un familiar o un tutor legal desde el momento del arresto;
  - c. Ser informado sin demoras y en forma directa y en un lenguaje comprensible sobre las razones de su arresto y sobre las acusaciones que se le imputan, y, si resulta pertinente, hacerlo a través de sus padres, otros familiares, tutores o un representante legal;
  - d. Ser informado sobre sus derechos en un lenguaje que le resulte comprensible;
  - e. No ser interrogado sin la presencia de sus padres, un familiar o tutores y un representante legal;
  - f. No ser sometido a torturas u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, a ninguna forma de castigo físico y a ninguna coerción o presión indebida;
  - g. No ser detenido en una celda o junto con adultos;
  - h. Recibir juicio sin que se permita la asistencia de público o de la prensa.
55. Todo niño acusado de haber cometido un delito penal gozará de las siguientes garantías adicionales:
  - a. Ser presumido inocente hasta que se pruebe su culpabilidad según lo dispuesto por la ley;
  - b. Ser informado sin demoras y en forma directa, en un lenguaje que comprenda, sobre las razones del arresto o las acusaciones y, si resulta pertinente, hacerlo a través de sus padres o tutores legales quienes deberán haber recibido dicha información;
  - c. Recibir en forma gratuita patrocinio legal u otro tipo de asistencia apropiada a través del estado para la preparación y presentación de su defensa;
  - d. Disponer que el caso sea tramitado en forma expeditiva por una autoridad competente, independiente e imparcial u otro órgano legal creado por ley mediando audiencias justas;

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- e. Contar con la asistencia de un representante legal y, si resulta apropiado y conducente para el interés superior del niño, la de sus padres, de un familiar o de un tutor legal durante el proceso;
  - f. No ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable; tener la posibilidad de que se interroge o se haga interrogar a los testigos adversos y contar con la participación de testigos favorables bajo condiciones de igualdad;
  - g. Cuando se determine que el menor ha violado la ley penal, hacer que la sentencia y cualquier medida impuesta en consecuencia sea revisada por una autoridad competente superior, independiente e imparcial, o por un órgano judicial, observando los principios de la ley y sin demora;
  - h. Contar con la asistencia gratuita de un intérprete si el imputado no puede entender o hablar el idioma utilizado para llevar a cabo el proceso;
  - i. Respeto de la privacidad en todas las etapas del proceso.
56. En la resolución de un caso que involucre a un niño que ha estado en conflicto con la ley, la autoridad competente se regirá por los siguientes principios:
- a. El castigo impuesto al menor siempre será proporcional a las circunstancias y a la gravedad del delito y promoverá el interés superior del menor;
  - b. Se considerarán en forma prioritaria las opciones que no implican reclusión y enfatizan el valor de la justicia restaurativa. Las restricciones a la libertad personal de un menor sólo se impondrán después de una cuidadosa consideración y como medida de última instancia después de una meticulosa consideración y por el período más breve que resulte apropiado. Las medidas que no implican custodia pueden incluir:
    - i) Órdenes de cuidado, guía y supervisión;
    - ii) Libertad condicional;
    - iii) Sanciones pecuniarias, compensación y restitución;
    - iv) Tratamiento intermedio y otras órdenes de tratamiento;
    - v) Órdenes de participar de terapias grupales de orientación y actividades similares;
    - vi) Órdenes de cuidados sustitutos, vida en comunidad y otros entornos educativos;
    - vii) Remisión a procesos de justicia restaurativa tendientes a la obtención de resultados restaurativos.
57. Ningún menor será sentenciado a prisión a menos que se determine que ha cometido un delito grave con violencia contra terceros o que ha persistido en la comisión de delitos graves y cuando no exista otra respuesta apropiada que pueda conducir a la rehabilitación del niño y a su reinserción en la sociedad. El tiempo que pasa un menor en detención previa al juicio se deducirá del período de reclusión impuesto.
58. Los menores privados de su libertad tendrán derecho de mantener contacto regular con sus familias y con los servicios de reinserción una vez liberados de la reclusión o después de cumplir una sentencia.
59. No se impondrá la pena capital por ningún delito cometido por un menor y los menores no serán sometidos a castigos corporales. No se impondrá la pena de prisión perpetua por ningún delito cometido por un menor de 18 años.
60. No se darán a publicidad los antecedentes penales de un menor al llegar a su mayoría de edad, salvo cuando existan circunstancias excepcionales y resulte pertinente hacerlo para salvaguardar el interés público.
61. Los procesos de justicia transitoria que busquen fortalecer la responsabilidad de los menores implicados en delitos cometidos durante situaciones de conflicto buscarán promover soluciones de justicia restaurativa dirigidas a la reforma del niño, su reinserción en la familia y la rehabilitación social.
62. El derecho a juicio justo procede, independientemente de la imputación, incluyendo los cargos relacionados con el terrorismo presentados contra el menor, y se recuerda a los estados que está prohibida la derogación de los derechos establecidos por la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño aún en estados de emergencia.
- I. Derecho a un juicio justo en cuestiones que involucren a niños víctimas y testigos en cualquier proceso judicial**
63. Los niños víctimas serán tratados en forma compasiva y se alentará la creación de programas de preparación para niños que deban actuar como testigos.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

64. Los Estados garantizarán que los niños testigos puedan prestar su mejor evidencia con el mínimo sufrimiento y que se proteja a los niños para que no sean sometidos a interrogatorios hostiles o intimidatorios. La investigación y las prácticas de los órganos legales deben adaptarse para permitir una mayor protección a los niños y respetar los derechos de los niños sin menoscabar su derecho a un juicio justo. Los Estados deberán, dentro del marco apropiado, adoptar las siguientes medidas con respecto a los niños testigos:
- a. Los niños testigos no serán interrogados por la policía ni por ningún funcionario a cargo de la investigación sin la presencia de los padres, un familiar o tutores legales, y, cuando éstos últimos no puedan ser ubicados o su presencia menoscabe el interés superior del niño, en presencia de un trabajador social;
  - b. Los policías y los oficiales a cargo de la investigación interrogarán a los niños testigos de forma tal que permita evitar cualquier daño y promueva el bienestar del niño;
  - c. Los menores que aleguen haber sufrido abuso sexual recibirán tratamiento médico de inmediato, pero nunca después de las 72 horas de la presentación de la denuncia al sistema judicial;
  - d. Los policías y los oficiales a cargo de la investigación se asegurarán de que los niños víctimas de abuso sexual no tomen contacto ni se los obligue a confrontar con el perpetrador del delito. En la medida de lo posible se deben programar los encuentros y disponer de las salas de espera de tal manera de crear un entorno apto para los niños. Dentro de lo posible se aplicarán programas de preparación de las cortes para familiarizar a los niños con el entorno judicial;
  - e. En todo momento se respetará el derecho de los niños a la privacidad y no se dará a publicidad ninguna información que permita identificar a un menor;
  - f. Cuando resulte necesario, los niños víctimas serán interrogados por oficiales de las fuerzas de seguridad a través de un intermediario; las disposiciones legales deberían permitir prescindir de que los menores presenten evidencia directa en los procesos de justicia formal cuando esto sea permitido por el juez o el funcionario a cargo;
  - g. A los niños testigos se les debe permitir testificar ante un órgano judicial a través de un intermediario si resulta necesario;
  - h. Cuando los recursos lo permitan se realizarán entrevistas previas al juicio grabadas en video en lugar de testimonios en vivo; se alentará la instalación de este tipo de dispositivos;
  - i. Se instalarán pantallas alrededor del banquillo de testigos para impedir que el niño vea al acusado;
  - j. Se despejará la galería del público, especialmente en casos de delitos sexuales en los que medie intimidación a fin de permitir que se preste evidencia en forma privada;
  - k. Se permitirá a los funcionarios judiciales, fiscales y abogados vestirse con ropa común cuando los niños testigos presten testimonio;
  - l. Los acusados no repreguntarán en forma personal a los niños testigos;
  - m. No se solicitará información sobre los antecedentes sexuales de los presuntos niños víctimas o testigos, ni se la presentará como evidencia en juicios por delitos sexuales; no se hará lugar a excepciones a este principio por razones religiosas o culturales;
  - n. No se descartarán ni desestimarán testimonios de niños por razones meramente de edad;
  - o. El personal de seguridad, los padres y los familiares de niños víctimas de abuso sexual se abstendrán de ejercer presión sobre el niño víctima para no testificar; cuando resulte posible y apropiado, deberá darse curso a las imputaciones por la comisión de delitos sexuales contra niños aun cuando la víctima se niegue a testificar;
  - o. Los procesos judiciales se adaptarán al ritmo y capacidad de atención del niño, permitiendo descansos regulares y manteniendo al mínimo las interrupciones.
65. Los Estados pondrán su mayor empeño para elaborar herramientas comunes de evaluación de riesgos que puedan ser aplicadas de manera multidisciplinaria en el tratamiento de la victimización de niños. Estas herramientas deberán incorporar estrategias destinadas a la protección inmediata de los niños y a la recolección de evidencia. Se brindará capacitación a todos los actores, incluyendo al personal médico y de salud, a la policía y a los equipos de trabajadores sociales que deban tratar con niños víctimas.
66. Los niños víctimas y testigos en los procesos de justicia formal e informal serán protegidos de amenazas, intimidaciones, represalias y otras formas de victimización.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

67. A los niños víctimas se les dará información sobre cualquier oportunidad existente para obtener compensación, reparación y apoyo psicosocial, ya sea a costa del perpetrador o del Estado o de cualquier otra agencia u organismo. La información deberá especificar si la compensación y reparación están disponibles en el sistema de justicia civil o penal o en otro ámbito. Se recuerda a los Estados que no se aplican los plazos de prescripción cuando se trata de solicitar reparación o compensación por acciones cometidas mientras la víctima tenía menos de 18 años.
68. Se recuerda a los Estados prestar consideración a los riesgos específicos que representan las conciliaciones extrajudiciales, incluyendo aquellas negociadas entre familias para los niños víctimas y los derechos que corresponden a las niñas en particular cuando se propone el matrimonio como solución. Los actores involucrados en los sistemas de justicia deberán rehusarse a consentir acuerdos privados en la medida en que no promuevan los derechos del niño víctima.
69. Los Estados promulgarán disposiciones legales para dar efecto a los derechos y protecciones que amparan a los niños testigos y víctimas bajo estas Directrices, prestando particular atención a la protección de la privacidad de los menores cuando han sido parte de procesos judiciales formales o informales.
70. Se prestará debida consideración a las medidas, incluyendo medidas transitorias, que permitan alejar al presunto perpetrador del entorno inmediato de un niño víctima toda vez que la seguridad del niño se encuentre en riesgo inmediato. La separación del niño debe considerarse como recurso de última instancia.
71. Las decisiones de los jueces o los resultados de los procedimientos de la justicia se deberán comunicar a los niños víctimas y testigos en un lenguaje comprensible, junto con información adicional sobre las medidas que se pueden tomar, tales como recursos de apelación o mecanismos independientes de presentación de denuncias.

### **J. La justicia para niños como sujetos de procesos judiciales civiles o administrativos, incluyendo casos de cuidados alternativos y disputas familiares**

72. Cuando los niños son sujetos de procesos judiciales o administrativos o cuando existe la probabilidad de conflicto entre sus intereses y los de los tutores o cuidadores, se les debe asignar representación legal independiente o un tutor o tutor durante el juicio o un representante legal independiente de acuerdo con las disposiciones de las leyes y las políticas nacionales.
73. El derecho a un proceso judicial y administrativo es un derecho del niño y el niño tiene derecho de ejercer la opción de no expresar opinión.
74. En casos en que existan disputas familiares se debe optar por las medidas que disminuyan o eviten la intensificación de conflictos, salvo cuando no resulten conducentes para el interés superior del niño.
75. En el curso ordinario de la justicia, se considerará que las acciones o medidas que permitan evitar o minimizar procesos legales o administrativos extra son conducentes al interés superior del niño.
76. En el curso ordinario de la justicia se considerará que las acciones o medidas que permiten evitar la separación de hermanos son conducentes a preservar el interés superior del niño.
77. Se considerará que las acciones o medidas que promueven el derecho del niño a ser criado en un entorno familiar estable y, cuando esto no resulte posible, un entorno lo más parecido posible a un entorno familiar, son conducentes a preservar el interés superior del niño y se incluirán disposiciones legales a tal efecto en la legislación nacional.
78. Se considerará que las acciones o medidas tendientes a preservar a los niños de daños, violencia, incluyendo violencia familiar y explotación son conducentes a preservar el interés superior del niño y se incluirán disposiciones legales a tal efecto en la legislación nacional.
79. Después de la dictación de sentencia en casos familiares altamente conflictivos se ofrecerá orientación y apoyo a los niños afectados, sin cargo, en la mayor medida que lo permitan los recursos disponibles, prestados por servicios especializados. Las sentencias se aplicarán sin demoras. La ejecución de sentencias por la fuerza debe ser una medida de última instancia en los asuntos familiares en los que haya niños involucrados.
80. Se considerará que las acciones o medidas tendientes a promover que los niños mantengan la conexión con su familia, con su familia extendida y con su propia cultura son conducentes a preservar el interés superior del niño y se incluirán disposiciones legales a tal efecto en la legislación nacional.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

81. La adopción internacional de niños que tenga como efecto cortar la conexión entre el niño y su cultura se permitirá sólo como medida de última instancia y cuando sea conducente para el interés superior del niño en cuestión. Los Estados promulgarán legislación nacional que permita regular la adopción internacional y designarán una autoridad competente según lo especificado en la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993).
82. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para que se pongan en práctica sistemas nacionales para la reglamentación de cuidados alternativos para niños privados de los cuidados de sus padres y dichos sistemas serán debidamente controlados. La asignación de niños a cuidados alternativos estará sujeta a revisiones periódicas y todas las instituciones destinadas al cuidado alternativo de los niños deberán ser inscriptas, sometidas a inspecciones regulares y a procedimientos de aseguramiento de la calidad. Estos requisitos serán incorporados a la legislación nacional.
83. Los Estados dispondrán de lo necesario para que a los niños huérfanos se les asignen tutores legales, ya sea por operación de un testamento, por designación judicial u aplicando otro mecanismo similar o por aplicación de las leyes, especificando qué cuidador, miembro de la familia y otra persona ejercerá la tutoría.
84. Los Estados se asegurarán de que se pongan en práctica mecanismos legislativos y de seguridad adecuados dentro de los sistemas de justicia para garantizar que los niños no sean privados en forma intencional o de otra forma de sus derechos hereditarios, y se prestará debida atención al derecho de igualdad de las niñas en la distribución o asignación del patrimonio hereditario.
85. Los sistemas de justicia reconocerán la obligación primaria de los padres y tutores legales respecto de la manutención y crianza de sus niños; los Estados tomarán las medidas apropiadas para asegurar que se ejerza la responsabilidad conjunta de ambos padres, unidos por vínculo matrimonial o no, en el cumplimiento de sus responsabilidades, y tomarán las medidas pertinentes, en la mayor medida posible en función de los recursos disponibles, para asistir a los padres o tutores que experimenten dificultades en el cumplimiento de esta obligación.

**Informe sobre los eventos de la ONU — Justice Renate Winter**  
**participación de la AIMJF**



**1. Violencia hacia los niños — Reunión de la ONU, Viena, enero de 2012.**

Como ex Presidente de nuestra asociación así como en mi carácter de miembro de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona y como su ex presidente, he tenido el honor de haber sido invitada a uno de los principales eventos de la ONU, importante para la protección de los menores así como también en lo relativo a la justicia juvenil y a la privación de la libertad.

En enero de 2012 se realizó la reunión “Consulta de expertos sobre prevención y respuestas a la violencia contra menores dentro del sistema de justicia juvenil” en la ONU en Viena. La invitación provino del Relator Especial —sobre violencia contra los niños— a la Secretaría General de la ONU, así como de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC). El resultado de esta reunión fueron recomendaciones, basadas en las buenas prácticas presentadas por los oradores de diferentes organizaciones miembros del Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil (IPJJ) representantes de gobiernos y agencias de la ONU, formuladas durante varias sesiones de discusión y designadas para ser enviadas al Secretario General para su informe.

**2. Privación de la libertad — UNODC abril de 2012**

En abril, invitada por la UNODC, participé, representando a la AIMJF, en la 21ª reunión de la Comisión de Prevención de Delitos y Justicia Penal de la ONU como oradora del evento paralelo sobre “Protección de los Derechos Humanos de los Menores Privados de su Libertad”.

Comencé mi presentación compartiendo algunas situaciones concretas (consultar el siguiente artículo) que involucran a menores e invité a los participantes a pensar qué podía hacerse para evitar estas situaciones nocivas y peligrosas. Mi problema principal es que las detenciones — especialmente las detenciones previas a los juicios— son todavía práctica corriente en un gran número de Estados Miembros y se implementan casi automáticamente. Pregunté, si era realmente necesario mantener a los menores detenidos antes del juicio, enfatizando que existen sólo tres razones para detener a un menor (si es probable que el menor se fugue, reincida en el delito o interfiera con la evidencia o los testigos) y pregunté si existían muchos menores que tuvieran probabilidades de fugarse, reincidir en el delito o tergiversar las pruebas. Subrayé que sólo se debe detener a menores por dos motivos: si representan un peligro para la sociedad o para sí mismos. Finalicé suplicando un cambio radical orientado a un enfoque restaurativo.

**Declaración de la AIMJF — Se requiere un estudio global**

En el mismo evento tuve la posibilidad de presentar en la sesión plenaria una declaración de la AIMJF que ahora forma parte del protocolo de la sesión y por tanto será presentada a la Asamblea General en Nueva York para su consideración. La Declaración dice:

**Declaración de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF), miembro del Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil (IPJJ)**

Como parte de nuestros esfuerzos para establecer sistemas de justicia respetuosos de los derechos de los niños que garanticen la imposibilidad de implementar violencia institucional, es necesario primero considerar específicamente el tema de la privación de la libertad de los niños, teniendo en cuenta que el principal objetivo de la justicia de menores es la rehabilitación, no el castigo.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La formulación de principios y normas se basa generalmente en datos correctos y precisos. No obstante, existe una escasez de datos en lo que concierne a números correctos de menores privados de su libertad, y sólo se pueden realizar estimaciones aproximadas. En numerosos Estados Miembros, estos datos no están disponibles aún cuando los menores son detenidos en centros de reclusión “oficiales”.

Para poder aplicar correctamente el principio del uso de la privación de la libertad como medida de último recurso y aplicar, siempre que sea posible, medidas alternativas a la pérdida de la libertad, es necesario contar con datos confiables de cuántos niños son sometidos en los hechos a la privación de la libertad, por qué razones son detenidos, dónde son detenidos, y por cuánto tiempo son detenidos.

Varias organizaciones internacionales y no gubernamentales han investigado y documentado la grave situación de los niños privados de su libertad. No obstante, el estudio global sobre las condiciones de los menores privados de su libertad es una deuda pendiente desde hace mucho tiempo. El estudio global debe reunir información sobre menores detenidos en todo tipo de instituciones, ya sean oficiales o 'privadas', debe indicar si son detenidos o encarcelados en comisaría, en centros de detención, prisiones y otros tipos de establecimientos que incluyen desde centros de tratamiento, campamentos de trabajo, escuelas correccionales, colonias penitenciarias, escuelas técnicas especializadas, campamentos militares, establecimientos psiquiátricos, hospitales, orfanatos, instituciones para discapacidades físicas o mentales y escuelas religiosas, y debe indicar si son confinados en zonas de tránsito de aeropuertos, centros de detención para inmigrantes o si son ilegalmente privados de su libertad porque son menores que la edad de imputabilidad penal, etc., etc.

Los resultados de dicho estudio podrían contribuir a desarrollar medidas para enfrentar los problemas asociados, tales como el hacinamiento en las instituciones de detención de menores y la falta de recursos adecuados a utilizar cuando se les brinda asistencia a dichos niños – un derecho reconocido por el Comité sobre los Derechos del Niño. Otro resultado sería la mejor aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad que podría contribuir a una reducción significativa de la gran cantidad de niños que son detenidos y a la rehabilitación e integración social de menores judicializados o en conflicto con la ley. Por último, el estudio podría desarrollar los mínimos indicadores comunes necesarios para obtener información estadística comparativa.

Además le solicitaríamos a la Comisión que considerara la urgencia de este problema y el valor de realizar un estudio global sobre las condiciones de los menores privados de su libertad, particularmente como condición necesaria para asegurar que los menores sean mejor atendidos y protegidos por el sistema de justicia, y en reconocimiento de los principios reconocidos en todos los instrumentos internacionales referidos a los niños.

### **3. Enfoque restaurativo — Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OACDH) mayo de 2012, Ginebra**

Finalmente, en mayo de 2012 en un gran evento de la ONU en Ginebra, la OACDH realizó una sesión plenaria y varias actividades paralelas en relación con la protección de los menores. Tuve el placer de participar en la sesión plenaria, representando una vez más a la AIMJF. Sostuve la necesidad de implementar modificaciones en el sistema de justicia de menores con orientación hacia mecanismos de justicia restaurativa. El panel de debate llegó a la conclusión de la necesidad de dar más pasos para prevenir la privación de la libertad de los menores.

En una de las actividades paralelas tuve la posibilidad de hacer hincapié en la necesidad de contar con más opciones legales para crear alternativas al proceso de justicia para menores. Formé parte de otro evento paralelo para responder las preguntas de padres de menores encarcelados; mencioné especialmente los problemas de menores con padres sentenciados a muerte. Finalmente participé en un evento paralelo que abordaba el tema de la edad de imputabilidad penal en el que el presidente del Comité sobre los Derechos del Niño, nuestro miembro y ex presidente, Jean Zermatten abrió el panel de debate. Argumentó enfáticamente sobre el hecho de que Estados Miembros optaran por bajar la edad de imputabilidad penal en el Comentario General de la CDN N° 10 y declaró que la mencionada edad de 12 años significaba un mínimo absoluto y no una solución óptima.

Fue una primavera de mucho trabajo la de este año pero creo que se han avanzado algunos pasos en relación a la protección de los menores y la justicia juvenil.

**Justice Renate Winter\***, miembro de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona.

## Menores privados de su libertad — Justice Renate Winter

### Detención como medida de último recurso

María tenía 12 años cuando robó un lápiz de labios y algunos caramelos de una tienda. Este hecho la llevó a una institución de reclusión para menores problemáticos.

Pieter tenía 9 años cuando los rebeldes vinieron y lo obligaron a punta de pistola a amputar las manos de una vecina. Se convirtió en un niño soldado y fue encarcelado cuando tenía 14 años.

Marja tenía 6 años cuando la comprometieron con un hombre de 65, y 12 años cuando su padre la violó. Quedó embarazada, fue sentenciada a muerte por lapidación por adulterio y murió a los 14 años.

Pierre tenía 8 años cuando robó tres tomates en un mercado y fue alojado en una celda policial junto con hombres adultos por siete meses, teniendo que intercambiar sexo por comida.

Mary tenía 13 años cuando fue acusada por su patrona de robar un anillo de oro. Se recurrió a la detención previa al juicio por casi un año sin que jamás pueda ver a un abogado o a un juez. A pesar de que el anillo fue finalmente encontrado en la casa de su patrona (su hijo lo tenía), Mary nunca obtuvo ninguna recompensa, tampoco una excusa por haber sido recluida en prisión.

Pjotr tenía 14 años cuando sus padres lo utilizaron para pelear uno contra el otro durante un penoso divorcio. Sus deseos no fueron considerados por nadie y se suicidó luego de haber sido enviado a una institución de puertas cerradas por haberse fugado de su hogar varias veces.

Maia tenía 15 años cuando fue encontrada por la policía, víctima del tráfico de personas, trabajando en un burdel y se le negó protección porque no se animaba a testificar en el tribunal en contra de un traficante internacional. En primavera, cuando el hielo de las montañas se derritió, encontraron su cadáver. La policía declaró que eso no hubiera pasado si hubieran podido mantener a la menor bajo custodia policial por inmigración ilegal hasta que hubieran podido repatriarla.

Marie era recién nacida y Peter tenía dos años cuando ingresaron a prisión con su madre que fue sentenciada a 15 años. Reemplazaba a su marido que se encontraba en prisión en la venta de drogas para poder pagar una pequeña casa para ella y sus hijos. Tenían 4 y 6 años, cuando abandonaron la prisión sin ningún conocimiento del mundo exterior y sin ninguna persona a quien acudir.

Si no deseas aceptar estas situaciones, debes hacer algo, pero hacer lo correcto.

Construir más prisiones, reformatorios, escuelas de reeducación, asilos para inmigrantes, instituciones cerradas para refugiados, debemos preguntarnos, ¿es lo correcto?

¿Quién va a detener a un guardián de prisión si obliga a un menor a intercambiar sexo por comida?

¿Quién va a detener al director de las prisiones que decide dónde (en una “buena” o “mala” institución cerrada) debe quedarse una niña a cambio de favores?

¿Quién va a detener a los niños que permanecen con personas adultas en celdas hacinadas sin ninguna protección contra las conductas violentas de los reclusos adultos?

¿Quién va a evitar que los educadores les pidan dinero a los niños a cambio de permitir visitas familiares?

¿Quién previene que el personal de reformatorios y de la policía golpee a los niños “rebeldes” o que los manden a robar o mendigar por las calles?

¿Quién se encargará de supervisar si los niños privados de su libertad son también privados de la escolaridad, de los servicios de salud, de orientación vocacional, de información y habilidades sociales?

Encerrar a niños en instituciones cerradas por delitos menores porque no hay medidas alternativas disponibles, castigarlos y privarlos de su futuro porque, al ser estigmatizados, nunca encontrarán trabajo para mantenerse económicamente, negarles protección incluso a los niños que son víctimas y testigos de delitos porque no hay herramientas ni medidas legales disponibles, no es una opción (y no debería ser una opción) para los Estados Miembros que han ratificado la Convención de los Derechos del Niño.

Han pasado casi 20 años desde la aprobación de la CDN en todo el mundo. Existe extensa bibliografía sobre documentos importantes similares que desarrollan métodos para proteger a los niños, no sólo en relación a asuntos relacionados con la ley penal como la responsabilidad por la comisión de un delito, sino también a su participación en asuntos civiles y administrativos como parte por derecho propio.

No son documentos, tratados y convenciones lo que está faltando. En lo que nos debemos concentrar ahora es en la implementación de todas las normas disponibles.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Debemos

- Modificar las actitudes punitivas por parte de la justicia juvenil y favorecer los enfoques alternativos para posibilitar la reparación y reintegración en lugar de poner a los niños tras las rejas.
- Optar por instituciones respetuosas de los derechos del niño, cerradas, semiabiertas y abiertas, adaptadas para reconciliar a los niños con la sociedad, en lugar de mantenerlos apartados de la sociedad.

Por supuesto que no hay necesidad de hacer todo esto. Podemos continuar enviando a los niños a prisión porque roban, se escapan, se portan mal, porque cometen delitos, sin nunca indagar por qué lo hicieron, sin nunca intentar ayudarlos a resolver sus problemas.

Pero ésta no es una solución barata. Los costos que representan los delincuentes adultos reincidentes son mucho, mucho más altos que los costos que representa otorgar apoyo social y algunas veces financiero a niños con problemas y en problemas.

**Justice Renate Winter\***

## André Dunant Obituario



|                                |                                |                                |                         |                              |
|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|-------------------------|------------------------------|
| David Kennedy<br>(Reino Unido) | Representant<br>(Países Bajos) | <b>André Dunant</b><br>(Suiza) | Louis McHardy<br>(EEUU) | Lorne V. Stewart<br>(Canadá) |
|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|-------------------------|------------------------------|

### Nos ha dejado un gran juez...

André Dunant le gustaba decir que era un juez de los “más pequeños”; pero — en virtud del alcance de su trabajo en Suiza y en el extranjero, podemos decir que quien nos ha dejado fue un juez de los más grandes — después de más de dos años de lucha contra una enfermedad implacable. André Dunant realizó su vocación — la de un juez de menores, *Juge de la Jeunesse*, como se denomina en su nativa Ginebra— con una pasión que pocos podrían igualar. Una destacada pasión por los colegas de su cantón y sus colegas suizos, pero sobre todo durante las muchas misiones que llevó a cabo para diversas organizaciones internacionales y ONG a lo largo y ancho del mundo.

Tenía una excelente formación legal académica con muchos años de práctica de la profesión junto con una formación en trabajo social que él consideraba necesaria para lograr un abordaje pleno de los problemas que deben enfrentar los jóvenes en conflicto con la ley. Por tanto, era de esperar que llegara a ser Juez de Menores y luego Presidente del Tribunal de Menores —un rol que ejerció durante más de veinticinco años para beneficio de una generación de niños y adolescentes cuyas ocasionales equivocaciones los llevaron, no sin tribulación, ante la Rue des Chaudronniers.

Una anécdota que ilustra su imagen de fortaleza y que uno de nuestros colegas todavía recuerda es cuando un padre, quedándose sin argumentos para lidiar con su testarudo hijo, lo amenazó con remitir el problema al Juez Dunant. Además de su formación práctica, André Dunant también tuvo la ventaja de trabajar junto a ilustres colegas, tales como el juez Maurice Veillard, una figura emblemática en la Suiza francesa, y el juez Jean Chazal de París. Aprendió mucho de su relación con ellos y fue influenciado por sus puntos de vista y sus grandes sentimientos de humanidad. Por otra parte, tenía la convicción de un hombre que sabía cómo hablar con los jóvenes con la atención del gran atleta que era, con un físico que daba evidencia de una fuerza de voluntad que sería mejor no intentar torcer.

De modo que no resulta asombroso que se haya convertido rápidamente en uno de los referentes de la Asociación Latinoamericana de Magistrados de la Niñez, que la Sociedad Suiza de Justicia de Menores lo haya elegido presidente, que la AIMJF le haya confiado la dirección general de sus asuntos, y que haya sido designado Presidente de la Asociación Veillard-Cybulsky, cargo al que renunció recién el año pasado, que fue fundada en memoria del trabajo realizado por su maestro.

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Esta simple lista de los cargos de alto nivel que ejerció muestra con elocuencia la alta estima que sus pares sentían por él. Su inagotable compromiso quedó demostrado por su aceptación, luego de haberse retirado e instalado en Valais, del puesto de Presidente del Consejo de Estudiantes de Arbaz para ofrecer su larga experiencia a los menores y adultos en dificultades. André Dunant era un excelente ejemplo de ciudadano comprometido, entusiasta y siempre preparado para ayudar.

Su impulso, su comprensión del mundo real y de las decisiones que se deben tomar cada día beneficiaron su escritura; prefería breves notas a las largas publicaciones académicas. Dejó una gran cantidad de manuscritos, escritos por la mano de un académico, que serán muy valiosos para quienes accedan a ellos. Con frecuencia proponía sus puntos de vista sobre los asuntos que se presentaban en la justicia juvenil, ofrecía un increíble número de alternativas e impartió una gran cantidad de programas de capacitación profesional, particularmente en África Occidental.

Sostenía el ideal de una justicia de menores no-represiva, benevolente, que buscara reintegrar a los niños y no simplemente castigarlos. Una de sus cruzadas fue contra la detención previa al juicio, que ocurre generalmente en los lugares donde se llevan a cabo las peores violaciones a los derechos del niño. Peleó por esta causa con admirable tenacidad.

Por todo esto le rendimos homenaje a André Dunant, un gran juez. Esperamos que su familia, sus hijos, sus nietos y sus muchos amigos y admiradores encuentren, en el reflejo de su trabajo de toda la vida y sus logros, la fuerza para seguir sus propios caminos.

**Jean Zermatten\*, Philip D. Jaffé y Michel Lachat\*** en Sion/Bramois, 11 de marzo de 2012

## En memoria de André

Fue trabajador social, abogado defensor y juez. Supo cómo trabajar con colegas para asistir a los menores judicializados o en conflicto con la ley.

Fue tesorero, presidente de la AIMJF y conoció todos los problemas de la asociación. También disfrutó de sus buenos momentos. Era la "memoria viva" de una institución que amó mucho.

Fue juez de menores, un juez para "los más pequeños", como dijo alguna vez. Sabía cómo tratar a los menores respetando su interés superior, porque se preocupaba por ellos.

Era un maestro sobre justicia juvenil, especialmente en África, donde su cabello blanco y su infinita paciencia lo convirtieron en un muy valorado y estimado experto en la protección de menores, de todo tipo de menores.

Fue un luchador por los derechos del niño y continuó la batalla durante toda su vida, principalmente para liberar legalmente y en la práctica a los menores del abuso de detenciones, en cualquier institución, donde quiera que fuese.

## Justice Renate Winter

Fue un escritor talentoso, redactaba textos breves y consecuentes para asistir a los profesionales que trabajan con menores a hacer su tarea de forma eficiente. No era su estilo andar con sutilezas (ocultamientos); su objetivo era llegar a los actores vinculados con la justicia juvenil describiendo la realidad, por más desagradable que fuera.

Fue alpinista y un gran caminante. Tenía plena conciencia de que uno no debe darse por vencido a mitad de camino, de que debe llegar a la cima para conseguir comprensión, incluso si la última parte del camino es la más difícil. Nunca se dio por vencido, ni siquiera los últimos difíciles años de su vida.

Fue un amigo, un humanista y un creyente en la bondad de la humanidad, a pesar de haber sido testigo de atrocidades cometidas contra los niños, y en cualquier tarea en la que trabajara con ellos.

Pero primero y sobre todo, fue un amigo para todos los que trabajamos con él, aprendimos de él y recorrimos una parte de su camino.

Querido amigo, puedes descansar ahora, definitivamente alcanzaste la cima de tu montaña.

**Renate\***

## Recuerdos de un gran juez que trabajó para los niños

## Joseph Moyersoén

Conocí a André Dunant en 1996, durante un seminario sobre los derechos del niño en Abidjan, Costa de Marfil, mientras me encontraba allí trabajando como consultor para Terre des hommes, Lausanne. Me impactó inmediatamente la pasión y el compromiso que tenía por su trabajo como juez y Presidente del Tribunal de Menores de Suiza.

Luego, todos y cada uno de los encuentros subsiguientes que tuvimos me resultaron enriquecedores.

Su fama y su vocación no sólo eran conocidas por sus colegas de Suiza, sino en todo el mundo gracias a las muchas misiones en las que participó, especialmente en África, en nombre de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Entre las muchas posiciones que ocupó, sólo mencionaré que fue Presidente de la AIMJF de 1978 a 1982 y Presidente de la Asociación Veillard-Cybulski desde su fundación en 1986 hasta 2011.

André siempre compartió sus puntos de vista mostrando su voluntad de luchar y actuar en defensa de los derechos del niño y la justicia de menores. Combatió incesantemente el enfoque represivo de la justicia penal y el encarcelamiento de los menores en conflicto con la ley, especialmente en los casos de prisión preventiva. Uno de los pensamientos que compartió con nosotros, que se puede encontrar fácilmente en la web, es el siguiente:

*"En todos los continentes y en muchos países, la cantidad de niños encarcelados no es a menudo alarmante por sí misma. Sin embargo, lo que debe inquietarnos es que la mayoría de esos niños no deberían estar en prisión. [...] Esos niños no son todavía 'delincuentes'. Sólo han cometido delitos menores, por lo que merecen un castigo más leve y, dentro de lo posible, de carácter educativo. Enviarlos a prisión, la escuela del delito, incluso por unas pocas horas o unos pocos días, prácticamente equivale a convertirlos en verdaderos delincuentes. Independientemente de ello, en algunos años esos niños serán ciudadanos. Cada uno de nosotros, dentro de sus competencias, comparte la difícil tarea de preparar a estos niños de la mejor manera posible para que en el futuro tengan una conducta responsable y una vida digna"<sup>1</sup>.*

La última vez que vi en persona a André fue en octubre de 2011, durante el Seminario Internacional del IDE realizado en Sion y, aun en ese momento tan frágil, dado que ya se encontraba profundamente afectado por su enfermedad, deseó pasar más tiempo junto a sus amigos y colegas.

Una vez más, te digo gracias, André.

**Joseph\***

<sup>1</sup> André Dunant, "Quelques réflexions sur la justice juvénile dans le monde", febrero de 2003.

## La adopción desde una perspectiva histórica

André Dunant



Los hombres de las cavernas practicaban la adopción.

Lamentablemente, no conservamos archivos.

Pero es fácil imaginarlo en los albores de la humanidad, una madre de dos bebés que muere, desaparece en un accidente de caza o es raptada por otro clan. En esta situación, ¿qué ocurre con los bebés? Es simple, otra madre de la tribu los recoge y los cría. Se ocupa de ellos exactamente como si fueran sus propios hijos.

Todavía no se trata de una adopción plena, con todos los documentos y la "bendición" de un tribunal, pero estamos en camino.

### Las primeras historias y los primeros documentos

Muchas de las antiguas historias cuentan las extraordinarias aventuras de niños abandonados o robados que fueron recogidos por pastores, princesas o reyes que los criaron como si fueran sus propios hijos. **Moisés** es un famoso ejemplo de un niño adoptado y criado en otra cultura.

"Cuando fue grande se lo llevo a la hija del Faraón y fue para ella como un hijo. Diole el nombre de Moisés, pues se dijo: "de las aguas le saqué".<sup>1</sup>

Luego Moisés se alejó de la **cultura egipcia** y condujo a su pueblo a la Tierra Prometida.

No es el mismo caso que **José**. El faraón le dio un nombre egipcio y le ordenó "Mira, te pongo sobre la tierra de Egipto".<sup>2</sup> A diferencia de Moisés, José se integró perfectamente a la cultura extranjera.

**El Código de Hammurabi (Siglo XVIII AC)** es uno de los códigos escritos más antiguos. Contiene disposiciones sobre la adopción de niños, en particular los niños expósitos. El texto, que se encuentra reflejado en el Artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas de 1986, es muy preciso sobre una de las principales condiciones que se deben respetar: "La mayor prioridad es que el niño esté al cuidado de sus propios padres". Hace casi 4.000 años, la Sección 106 del Código de Hammurabi disponía que un hombre, antes de adoptar un niño expósito debe buscar a los padres del niño y, si los encuentra, debe restituir el niño a sus padres.<sup>3</sup>

En la **antigua Roma**, el principal objeto de la adopción era dar un hijo a las personas sin hijos para que el linaje familiar se salve de la extinción. Varios emperadores romanos, entre ellos Tiberio y Nerón, habían sido adoptados con este propósito."<sup>4</sup>

Bajo la **ley Justiniana**, había dos formas de adopción:

- **adoptio plena**, una adopción completa, limitaba el caso de adopción a un antecesor directo, como el abuelo, y
- **adoptio minus quam plena**, adopción incompleta o simple, que no afecta los derechos de la familia biológica, el padre biológico.

Ambos tipos de adopción figuran en la evolución de la adopción como institución y todavía están vigentes hoy día. En muchos sistemas legales coexisten ambas modalidades.<sup>5</sup>

### Tradiciones ancestrales y religiosas

Las prácticas de adopción existen en todo el mundo en culturas que difieren mucho entre sí, por ejemplo, los **Kikuyos en Kenya**, los **Malucos en Indonesia**, y los **Inuit en el Ártico norteamericano**.

Las funciones sociales de la adopción son muy similares en todas las sociedades no alfabetizadas. Algunos aspectos son más sobresalientes en una tradición tribal que en otra. Todavía son muy comunes las adopciones practicadas entre parientes o entre personas de la misma región o cultura.

<sup>3</sup> Cf. Report on intercountry adoption, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, extraído por J.H.A. van Loon, Abril 1990, p. 20

<sup>4</sup> Report on intercountry adoption, p. 28

<sup>5</sup> "Adoption and the law : present situation and new trends", Claire Rihs, en International Child Welfare Review, No 28, Marzo 1976, p. 52

<sup>1</sup> Exodo 2:10.

<sup>2</sup> Génesis 41:40-45

Estas adopciones pueden cumplir con diversas funciones, como aliviar la carga de los padres que tienen muchos hijos, proporcionar al niño educación o cuidados extra o ayudar a la familia adoptiva que puede necesitar una niña para que ayude en las tareas del hogar o a un varón para que cuide el ganado.

Un motivo frecuente es preservar la propiedad, especialmente la tierra y también continuar con la principal línea de descendencia de la familia. En estos casos los intereses de la familia predominan claramente. En los casos en los que la adopción cumple con la función de transferir la propiedad, la adopción puede involucrar a toda la comunidad y requerir una manifestación pública de los padres adoptivos y la celebración de ceremonias tradicionales.

Es muy importante tener en cuenta que algunas veces resulta muy difícil diferenciar entre lo que constituye adopción y lo que no constituye adopción. En algunos casos podemos dudar entre categorizar una **práctica tradicional** como **cuidados sustitutos, tutela o adopción**.<sup>6</sup>

La tradición hindú asigna prioridad al beneficio espiritual para la persona que adopta y sus ancestros. La existencia de un hijo varón es necesaria para solemnizar los últimos ritos de los padres adoptivos.<sup>7</sup>

### **La tradición islámica constituye una excepción.**

La adopción, con la creación artificial de lazos familiares denominados **tabanni**, ya existía en la era preislámica y permitió la total integración del niño a la nueva familia, incluyendo la aplicación de las mismas prohibiciones sobre el matrimonio que se aplicaban a los parientes biológicos. Precisamente debido a dichas prohibiciones sobre el matrimonio, el profeta Mahoma al principio rechazó la oferta de Zaid, su hijo adoptado, quien había repudiado a su esposa para que el profeta pudiera desposarla.<sup>8</sup> Cuando el profeta finalmente contrajo matrimonio con ella, no se pudo mantener la práctica del **tabanni**. Consecuentemente, el Corán explícitamente establece que los hijos adoptados no serán tratados como hijos naturales y no se les dará el nombre de los padres adoptivos ("Darles el nombre de sus verdaderos padres").<sup>9</sup>

Cumpliendo con los mandatos del Corán, los juristas islámicos consideran que la adopción no puede conferir la condición de hijo legítimo y más aún, que la adopción no puede existir en la ley islámica.

Esto no significa que un niño asignado a una familia sustituta no tenga protección legal. Leamos lo que declaró uno de los estados islámicos, Kuwait, seis años antes de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño:

"Si bien se pueden encontrar algunos aspectos de la adopción en nuestras leyes, se los inscribe dentro del sistema de cuidados sustitutos del niño, con lo que se cumple con la necesidad de atención psicológica, de salud, social y educativa del niño a fin de asegurarle una mejor vida en el futuro y de darle la nacionalidad como un requisito básico".<sup>10</sup>

Este tipo de cuidados sustitutos se denomina **kafalah**. Algunos países islámicos permiten la adopción a sus ciudadanos no islámicos o residentes (por ej. Egipto o Siria) y otros estados islámicos han introducido la adopción en su legislación (por ej. Túnez desde 1958 e Indonesia).<sup>11</sup>

### **El Código de Napoleón**

El Código de Napoleón de 1804 marcó el comienzo del compromiso de la legislación moderna con la adopción. El propio Napoleón quería que se estableciera el sistema de adopción. Era reconocido su apoyo a la causa de los hijos ilegítimos y en general sostenía la visión de que "los hombres tienen los sentimientos que se les han transmitido. Por lo tanto, si los sentimientos de un hijo adoptivo se conforman en los primeros años, el niño preferirá a su padre adoptivo en lugar de su padre biológico".<sup>12</sup>

No obstante, el Código de Napoleón abolió la adopción de menores y sólo permitía la adopción de adultos que durante su niñez habían sido cuidados por los adoptantes durante seis años. El padre adoptivo tenía que tener como mínimo 50 años de edad y no tener descendencia. La adopción era un contrato y como tal debía ser aprobado por un tribunal.

Este nuevo enfoque estaba destinado a los niños sin hogar y abandonados. Recién un siglo después, en 1923, la legislación permitió la adopción de menores.

El Código de Napoleón inspiró la legislación española — en 1889 el Código Civil español introdujo la adopción, incluyendo a los menores. Tanto el código francés como el español han servido de ejemplo para algunos estados latinoamericanos.

**La adopción plena**, que permitía una integración casi total a la nueva familia, tuvo sus orígenes en Estados Unidos.

<sup>6</sup> Report on intercountry adoption, p. 22 y 24

<sup>7</sup> Id. p. 30

<sup>8</sup> Sura 33.37

<sup>9</sup> Sura 30.5

<sup>10</sup> Documento de la Asamblea General de la ONU A/38/389 del 6 de octubre de 1983, p. 23

<sup>11</sup> Report on intercountry adoption, p. 26 and 28

<sup>12</sup> Ver F. Boulanger, Droit civil de la famille, tomo 1, Paris 1990, p. 80, citado por J. van Loon

Sin embargo, aunque la adopción existe de hecho en muchas sociedades, recién después de la **Primera Guerra Mundial**—por la presión de la opinión pública y con miras a regularizar las numerosas situaciones de hecho, en particular las adopciones de hecho de huérfanos de guerra — varios países sancionaron sus primeras leyes de adopción o revisaron la legislación vigente.<sup>13</sup>

### La adopción en los países industrializados

La Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias hicieron que se agudizara el problema de los niños sin padres. Esto, a su vez, reforzó el concepto de la adopción como “único medio para brindar relaciones de paternidad a los niños privados del cuidado de sus padres biológicos”.

Tuvo que pasar algún tiempo para que se generalizara la aceptación de esta nueva idea.

Aproximadamente en la década de 1960, cuando el estado de bienestar se afirmó en muchos países industrializados, se comenzó a introducir la adopción dentro del marco de la protección y el bienestar de la familia y el niño.<sup>14</sup>

A principios de la década de 1960, la Conferencia de La Haya comenzó a preparar su Convención sobre Adopción.

### Adopciones transculturales e interétnicas

La adopción de niños provenientes de minorías étnicas — como los **negros, hispanos o indígenas nativos** en Estados Unidos o de niños de comunidades indígenas en Canadá y de niños aborígenes en Australia — puede ser percibida como una transición del tradicional sistema de adopción monocultural y monoétnico dentro del propio país, hacia la modalidad de adopción fuera del país en su forma actual que, en la mayoría de los casos, se trata de una relación multicultural y multiétnica.<sup>15</sup>

En Australia, los **pueblos aborígenes** han tomado la iniciativa de lograr que se identifiquen las situaciones de abuso contra sus comunidades y las necesidades especiales de sus niños. La Corte Suprema del Territorio del Norte en 1975 brindó una respuesta ante estas inquietudes y varios estados y el gobierno federal aprobaron o están en el proceso de redactar legislación para brindar una mayor protección a los niños aborígenes y respetar los valores tradicionales, por ejemplo dejar de ignorar los tradicionales casamientos de hecho y dar preferencia en la asignación para adopción de niños aborígenes a miembros de la familia extendida del niño o a otros integrantes de la comunidad aborigen.<sup>16</sup>

### La adopción en los países en desarrollo y en las sociedades en transición

“En varios países en desarrollo hay una fuerte resistencia a la adopción de niños de distintas clases, grupos étnicos o castas y, en algunos casos la adopción de mujeres.”<sup>17</sup>

En muchas partes de la **India** prefieren los varones antes que las niñas y frecuentemente resulta difícil dar a las niñas en adopción.

**Corea**, una nación industrializada del Sudeste Asiático, tiene una posición interesante respecto de la adopción:

“... Corea ahora es un país, como Japón o los Estados Unidos, que puede atender a sus propias necesidades y como tal, no deseamos enviar a nuestros niños a otros países... El gobierno de Corea desea reducir las adopciones por parte de otros países a prácticamente cero. Esto por supuesto se producirá gradualmente en la medida en que la sociedad coreana se adapte a aceptar para adopción a niños que no pertenecen a su familia.”<sup>18</sup>

Podemos encontrar problemas similares en muchos países de **Asia, África y Latinoamérica**.

Esto nos llevó a considerar cómo

### La adopción entre países está en desarrollo.

Esta modalidad comenzó a desarrollarse en gran escala a fines de la **Segunda Guerra Mundial**. Cientos de miles de niños alemanes, italianos, griegos, japoneses y chinos fueron adoptados en Estados Unidos de América. Después de la **Guerra de Corea**, entre 1953 y 1981, más de 38.000 niños coreanos fueron adoptados por familias norteamericanas.<sup>19</sup>

En la década de 1970, en muchos países industrializados, las tasas de nacimiento comenzaron a caer debido al mayor acceso al control de la natalidad, a la legalización de los abortos y a que se iba perdiendo el estigma de las madres solteras. Había menos niños para adopción. La principal pregunta entonces fue:

**¿Cómo encontrar una familia para este niño?** (en lugar de “¿Cómo encontrar un niño para esta pareja?”)

Durante este período, en varios países de Europa Oriental y Australia se adoptaron muchos niños de Vietnam, Indonesia, Tailandia y Corea. Pero el nuevo gobierno de Vietnam interrumpió las adopciones entre países abruptamente en 1975.

En una cantidad creciente de países en vías de desarrollo, está aumentando la resistencia a que se “den” niños en adopción...

<sup>13</sup> Report on intercountry adoption, p. 30 y 32  
y Adoption and Foster Placement of Children, Informe de una Reunión de Expertos en Adopción y Asignación de niños para cuidados sustitutos, Ginebra, 11-15 Diciembre de 1979, ST/ESA/99, p. 2

<sup>14</sup> Report on intercountry adoption, p. 34

<sup>15</sup> Idem, p. 40

<sup>16</sup> Idem, p. 40

<sup>17</sup> Report on intercountry adoption, p. 46

<sup>18</sup> Idem, p. 48, cita de un Cónsul de la República de Corea en Washington, DC, en 1990

<sup>19</sup> Idem, p. 56

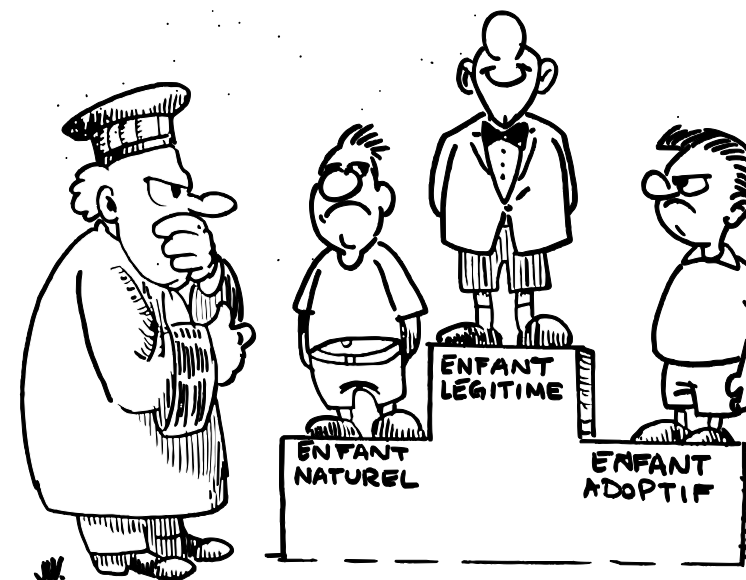
## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

No me referiré aquí a algunos de los problemas contemporáneos que se consideran relacionados con la adopción, tales como:

- El abandono como el principal motivo para que queden niños sin hogar
- Los niños de la calle y los niños en la calle
- Los niños refugiados
- El rapto y el tráfico de niños
- El tráfico de fetos y órganos de niños, etc.<sup>20</sup>

Pero en **conclusión**, simplemente quiero decir que la **adopción**, tal como se la ha practicado a lo largo de los siglos, **sigue evolucionando**.

**André Dunant** fue un juez de menores que se desempeñó como Presidente del Tribunal de Menores de Ginebra y como Presidente de nuestra Asociación. Después de retirarse en 1996, ejerció como Consultor en Justicia Juvenil Internacional y llevó adelante numerosas capacitaciones y misiones de investigación de hechos en Europa Central y Europa del Este, África, Medio Oriente y Asia para la ONU, UNICEF, la Unión Europea, el Consejo de Europa, Terre des hommes y muchas otras organizaciones.



<sup>20</sup> Report on intercountry adoption, p. 62 - 94

**Rúbrica del Tesorera****Avril Calder****Recordatorio sobre las suscripciones**

A principios de 2012 mande emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 30; Euros 35; CHF 50) y a las asociaciones nacionales. Me complace decir que muchos de ustedes ya han abonado su cuota, pero todavía hay varias impagas.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para recordarles las posibles formas de pago:

1. pueden ir a la página web de la [AIMJF](http://aimjf.org) hacer click 'membership' y 'subscribe' y pagar usando PayPal. Este proceso consta de dos partes y es la forma más simple y económica de pagar; se aceptan todas las monedas. PayPal hace la conversión a GBP;

2. a través del sistema bancario. Estoy a su disposición para mandar detalles de cualquiera de las cuentas, la que mantenemos en GBP (£) y la de CHF (Francos suizos). Mi dirección de correo electrónico es [treasurer@aimjf.org](mailto:treasurer@aimjf.org);

3. si el monto es de menos de 70 Euros, por cheque (ya sea en GBP o Euros) pagaderos a "International Association of Youth and Family Judges and Magistrates".

Si necesitan asistencia, no duden en enviarme un correo electrónico.

Por supuesto que siempre es posible pagar en efectivo si se encuentran con algún miembro del Comité Ejecutivo.

Sin suscripciones no sería posible producir esta publicación.

Avril Calder\*

**Revision de libros****El rol del Juez de la corte juvenil: práctica y ética por Juez Leonard Edwards (retirado)****Juez Margaret Henry**

Los Tribunales Juveniles son diferentes de los Tribunales para adultos e igualmente lo es la ética que se aplica a los jueces de los Tribunales Juveniles. Recuerdo que al principio de mi carrera judicial en el Tribunal Juvenil, en una capacitación del *Centro de California para la Educación y la Investigación (CJER)*, el instructor nos decía: "Jamás un Juez puede aceptar regalos de parte alguna. ¡Nunca! ¡Sin excepciones!" Levanté la mano. Me miró y repitió: "Sin excepciones." Dije: "¿Y qué pasa si se trata de un dibujo de un niño autista de 8 años de edad que es un incapaz que comparece ante mí?" Mi miró fijamente por unos segundos y luego dijo: "OK. Ahí hay una excepción."

En esa época no había nada escrito – más particularmente, nada en el *Manual de Conducta Judicial de California* del Juez David M. Rothman que apoyara una excepción. El libro del Juez Rothman es, desde luego, el estandarte de oro de los libros de ética judicial. Compreensivo como es, el libro sin embargo no detalla los diferentes casos que surgen en el rol del Juez de un Tribunal Juvenil.

El nuevo libro del Juez Edwards explica el papel único de un Juez Juvenil en el contexto de las discusiones de ética. El libro toma un enfoque muy diferente, en estructura y contenido, del *Manual de Conducta Judicial de California*.

El libro del Juez Edwards utiliza escenarios hipotéticos que los Jueces de Tribunales Juveniles pueden encontrar en su estrado, identifica temas prácticos y éticos y propone enfoques, ofreciendo consejos y soluciones al oficial de justicia. El foco está en los temas prácticos y éticos que un funcionario judicial encuentra en los Juzgados Juveniles.

El libro cuenta con un buen índice y está bien organizado. Está dividido en tres partes: Administrando la Corte Juvenil, Comunicaciones *ex Parte* y Trabajando fuera de Estrados. Cada parte tiene aproximadamente 30 capítulos con diferentes escenarios. La Tabla de Contenidos puede ser utilizada para encontrar una discusión exacta de un tema que encuentre un Juez Juvenil.

El autor del libro explica el papel único de un Juez Juvenil y por qué los jueces no deben huir de las responsabilidades que conlleva su rol. La Introducción del libro debería ser lectura obligatoria para todos los nuevos jueces de un Tribunal Juvenil. Experimentados jueces juveniles al leer la Introducción deberían pensar: "Exactamente. Esto explica la diferencia en nuestro rol."

Este es un libro para especialistas – Jueces de Tribunales Juveniles. Debería ser guardado como de fácil búsqueda en nuestras oficinas, justo al lado del *Manual de Conducta Judicial de California*.

| Espacio des Contactos                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                            | Anaëlle Van de Steen                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Recibimos muchos correos interesantes con enlaces a sitios web que pueden resultar de interes de nuestros lectores, por eso los incluimos en Chronicle. Les ruego me envíen cualquier otro enlace que consideren relevante para publicar en las proximas ediciones. |                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                              |
| AIMJF                                                                                                                                                                                                                                                               | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Encuéntrelo aquí</a>                                                             |
| CRIN<br>La Red de<br>Información sobre<br>los Derechos del<br>Niño                                                                                                                                                                                                  | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Correo electronico                                                                                                                                                                                                                         | <a href="mailto:info@crin.org">info@crin.org</a>                                             |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Lista completa de recomendaciones de Examen Periódico Universal (UPR) aceptadas por los Estados                                                                                                                                            | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| DCI – Bélgica<br>Defensa de Niñas y<br>Niños Internacional<br>– Bélgica                                                                                                                                                                                             | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Universidad de Verano 2012:<br>'Caravana sobre los Derechos del Niño'.<br>Tour de estudios para descubrir instituciones europeas y de la ONU                                                                                               | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                              |
| IDE<br>Instituto<br>Internacional de los<br>Derechos del Niño<br><b>Jean Zermatten*</b>                                                                                                                                                                             | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Encuéntrelo aquí</a>                                                             |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Boletín informativo                                                                                                                                                                                                                        | <a href="mailto:newsletter@tdhAchildprotection.org">newsletter@tdhAchildprotection.org</a>   |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Conferencia Internacional 'Derechos del Niño y el Sector Comercial: Instar a los Estados y las compañías privadas a cumplir sus obligaciones'                                                                                              | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| IJJO<br>Observatorio<br>Internacional de<br>Justicia Juvenil                                                                                                                                                                                                        | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Boletín informativo                                                                                                                                                                                                                        | <a href="mailto:newsletter@oiji.org">newsletter@oiji.org</a>                                 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | 5 <sup>a</sup> Conferencia Bienal del IJJO:<br>'¿Criminalidad o exclusión social? Justicia para los niños en un mundo dividido'<br>5 a 7 de noviembre de 2012 en Londres, Reino Unido                                                      | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Documento sobre una justicia adaptada a los niños:<br>'Medidas de privación de la libertad para jóvenes que delinquen: ¿Cómo mejorar las Normas Internacionales de Justicia Juvenil y promover alternativas al encarcelamiento en Europa?' | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| IPJJ<br>Grupo<br>Interinstitucional<br>sobre Justicia<br>Juvenil                                                                                                                                                                                                    | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Boletín informativo                                                                                                                                                                                                                        | <a href="mailto:newsletter@juvenilejusticepanel.org">newsletter@juvenilejusticepanel.org</a> |
| IIRP<br>Instituto<br>Internacional de<br>Prácticas<br>Restaurativas                                                                                                                                                                                                 | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | 15 Conferencia Mundial del IIRP:<br>'Construir una red mundial de transmisión de prácticas restaurativas'<br>1 a 3 de agosto de 2012 en Bethlehem, Pensilvania, Estados Unidos                                                             | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| NACCC<br>Asociación Nacional<br>de Centros de<br>Contacto con los<br>Niños                                                                                                                                                                                          | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| NRS Centros de<br>Contacto con los<br>Niños                                                                                                                                                                                                                         | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| OHCHR<br>Oficina del Alto<br>Comisionado de<br>Derechos Humanos                                                                                                                                                                                                     | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                                     | Informe del Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños                                                                                                                                                     | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| TdH<br>Fondation Terre des<br>Hommes<br><b>Bernard Boeton*</b>                                                                                                                                                                                                      | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| UNICEF                                                                                                                                                                                                                                                              | Sitio web                                                                                                                                                                                                                                  | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |
| UNODC<br>Oficina de las<br>Naciones Unidas<br>contra las Drogas y<br>el Delito                                                                                                                                                                                      | Informe Mundial sobre Drogas 2012                                                                                                                                                                                                          | <a href="#">Haga clic aquí</a>                                                               |

**Reunión de la Sección Europea en Bruselas, abril de 2012**



**Segunda fila:** Petra Guder Beatriz Marques Borges Joseph Moyersoen Margreeth Dam Hervé Hamon Françoise Mainil Theresia Höynck Francine Biron Jean Deglise

**Primera fila:** Avril Calder Daniel Pical Anne-Catherine Hatt

**Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2010-2014**

|                         |                                 |            |                                                                                    |
|-------------------------|---------------------------------|------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Presidente              | Juez honorario Joseph Moyersoen | Italia     | <a href="mailto:president@aimjf.org">president@aimjf.org</a>                       |
| Vice Presidente         | Juez Oscar d'Amours (retirado)  | Canadá     | <a href="mailto:vicepresident@aimjf.org">vicepresident@aimjf.org</a>               |
| Secretario General      | Juez Eduardo Rezende Melo       | Brasil     | <a href="mailto:secretarygeneral@aimjf.org">secretarygeneral@aimjf.org</a>         |
| Vice Secretario General | Juez Ridha Khemakhem            | Túnez      | <a href="mailto:vicesecretarygeneral@aimjf.org">vicesecretarygeneral@aimjf.org</a> |
| Tesorera                | Avril Calder, Magistrate        | Inglaterra | <a href="mailto:treasurer@aimjf.org">treasurer@aimjf.org</a>                       |

**Consejo—2010-2014**

|                                                                                                                                                     |                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| <b>Presidente</b> —Joseph Moyersoen (Italia)                                                                                                        | Gabriela Ureta (Chile)                      |
| <b>Vice-presidente</b> —Oscar d'Amours (Canadá)                                                                                                     | Hervé Hamon (Francia)                       |
| <b>Secretario General</b> —Eduardo Melo (Brasil))                                                                                                   | Daniel Pical (Francia)                      |
| <b>Vice Sec Gen</b> —Ridha Khemakhem (Túnez)                                                                                                        | Sophie Ballestrem (Alemania)                |
| <b>Treasurer</b> —Avril Calder (England)                                                                                                            | Petra Guder (Alemania)                      |
| Elbio Ramos (República de Argentina)                                                                                                                | Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Países Bajos) |
| Imman Ali (Bangladesh)                                                                                                                              | Andrew Becroft (Nueva-Zelanda)              |
| Françoise Mainil (Bélgica)                                                                                                                          | Judy de Cloete (Sudáfrica)                  |
| Antonio A. G. Souza (Brasil)                                                                                                                        | Anne-Catherine Hatt (Suiza)                 |
| Viviane Primeau (Canadá)                                                                                                                            | Len Edwards (EEUU)                          |
| La ultima presidenta inmediata, Justice Renate Winter, es un miembro ex-officio del consejo y actua en unacapacidad consultiva sin derechos a voto. |                                             |

**Chronicle Chronique Crónica****La voz de la Asociación**

Crónica es la voz de la Asociación. Es una revista publicada dos veces al año en los tres idiomas oficiales de la Asociación—inglés, francés y español. El propósito del Comité Editorial ha sido el de convertir la Crónica en un foro de debate para aquellos interesados en la administración de la protección del niño, en las zonas del derecho civil concerniente a los niños y los adolescentes y en la justicia juvenil, alrededor del mundo.

Crónica es una importante fuente de aprendizaje, informándonos sobre cómo otros han manejado problemas similares a los nuestros, y es invaluable en cuanto a la diseminación de la información recibida del mundo entero.

Con el apoyo de todos los miembros de la Asociación, se está creando una red de contribuciones del mundo entero que nos provee con artículos de manera regular. Los miembros toman conocimiento de investigaciones llevadas a cabo respecto a la protección de la infantil y la juventud o de la justicia juvenil. Otros pueden estar involucrados en la preparación de nueva legislación mientras que otros tienen contactos con colegas de las Universidades que son deseosas de contribuir con artículos.

Para los próximos números de la revista se ha congregado un número interesante de artículos, los que no son publicados en orden cronológico o por orden de recepción, sino que se otorgan prioridades a aquellos que surgen de las conferencias o seminarios de la AIMJF. Se hacen esfuerzos para presentar artículos que otorguen una mirada a cómo son los sistemas en los distintos países, respecto a la protección. Infantil y a la

justicia juvenil; algunos números de Crónica focalizan en temas particulares por lo que los artículos giran en torno a ellos; finalmente, los artículos que son más largos que el largo recomendado y/o requieran un intenso trabajo editorial pueden ser dejados en espera hasta que se le encuentre un lugar adecuado.

Las contribuciones de todos los lectores son bienvenidas. Los artículos para publicación deben ser enviados en inglés, francés o español. La traducción a todos los tres idiomas es cargo del Comité Editorial, por lo que ayuda enormemente el poder recibir los artículos con traducción a dichas lenguas.

Los artículos, preferentemente, deberán ser de 1500-2000 palabras de largo. "Temas de interés", incluyendo nuevas temas, podrán llegar hasta 500 palabras de largo. Los comentarios sobre los artículos ya publicados son bienvenidos. Los artículos y comentarios pueden ser enviados directamente al Jefe de Redacción. Sin embargo, de no ser conveniente, los artículos también pueden ser enviados a cualquier que se indican en la página siguiente.

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

Avril Calder, Jefe de Redacción,  
[chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org)

**De ser posible se apreciará recibir los artículos en los tres idiomas oficiales, dirigidos a los correos electrónicos de cualquiera de los miembros del panel redactor. Nombres y direcciones de correo:**

**Editorial Board**

Dr Atilio J. Alvarez  
Jueza Viviane Primeau  
Cynthia Floud  
Prof. Jean Trépanier  
Dra Gabriela Ureta

[infanciayjuventud@yahoo.com.ar](mailto:infanciayjuventud@yahoo.com.ar)  
[vprimeau@judex.qc.ca](mailto:vprimeau@judex.qc.ca)  
[cynthia.floud@btinternet.com](mailto:cynthia.floud@btinternet.com)  
[jean.trepanier.2@umontreal.ca](mailto:jean.trepanier.2@umontreal.ca)  
[gueta@vtr.net](mailto:gueta@vtr.net)



MRZ

ICJ

# **Los derechos del niño y el sector empresarial: Instar a los estados y las empresas privadas a cumplir sus obligaciones**

## **Seminario Internacional**

Organizado por  
El Instituto Internacional de los Derechos del Niño (IDE)

En colaboración con  
El Instituto Universitario Kurt Bösch (IUKB)

Comisión Internacional de Juristas (ICJ)

Centro Suizo Especializado en Derechos Humanos, Universidad de  
Zúrich (MRZ)

## **Programa Preliminar**

**Director del Curso:** **Carlos Lopez**

Comisión Internacional de Juristas

**Fechas:** Del 14-17 oct. 2012

**Idiomas:** Francés en Inglés, con traducción simultánea a lo largo de las  
sesiones plenarias

Con el patrocinio de la  
Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia

Con el apoyo de la  
Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (Confederación Suiza)