



CHRONICLE CHRONIQUE CRÓNICA

Contenidos	Página
Explotación de los niños —	
Marco jurídico internacional para combatir la trata de niños	Edo Korljan 4
La trata de menores desde una perspectiva norteamericana: el caso de Canadá	Nadja Pollaert 8
Operación Golf—una investigación conjunta del Reino Unido y Rumania	Superintendent Bernie Gravett 13
Menores no acompañados—el Reino Unido	Nadine Finch 18
Promoción de las iniciativas contra el trabajo infantil para niños que trabajan o viven en las calles	Yoshie Noguchi 22
Marco legal sobre trabajo infantil y educación en la India	Archana Mehendale 27
Colaboración judicial en procesos de familia vinculados con el traspaso ilícito de fronteras	Rt. Hon. Lord Justice Thorpe 32
De dónde vengo? O Las preguntas sin responder sobre la concepción artificial	Prof Alain Roy 34
Delincuentes juveniles en instituciones de salud mental—una perspectiva europea	Prof Dr. Frieder Dünkel & Dra. Ineke Pruin 40
Intervención temprana: el sistema de justicia juvenil y salud mental—Inglaterra y Gales	Lorraine Khan 49
Justicia procesal para los jóvenes—una mirada desde los derechos humanos y la psicología evolutiva	Ton Liefwaard Stephanie Rap y Ido Weijers 55
La justicia juvenil cautiva del neoliberalismo	Antoine Garapon 60
El Tribunal de los Niños, los Jóvenes y la Comunidad—Guernsey	Karen Brady 66
<i>Romper el ciclo</i> : futura reforma del sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales	Profesora Kathryn Hollingsworth 68
La aplicación de la CNUDN en el proceso de imposición de condenas a jóvenes que delinquen en Nueva Zelanda	Linda McIver 73
AIMJF	
¿Cuántos años tenemos?—breve historia de la AIMJF	Oscar d'Amours 75
Rúbrica del Tesorera	Avril Calder 79
Espacio des contactos	Avril Calder 80
Consejo Ejecutivo 2010-2014	81
Crónica	Avril Calder 82
IDE; MIDE, Veillard-Cybulski, Seminario Internacional	79 y 83

Lucha contra la explotación de menores

Como todos sabemos, el tráfico de niños es un problema de alcance mundial. Prevenir este delito y encontrar y castigar a sus autores son grandes desafíos. Este número demuestra que para llevar adelante estas difíciles tareas se requiere la cooperación entre países y el fortalecimiento del derecho internacional.

Edo Korljan, integrante del Comité de Justicia Familiar y el Consejo de Europa, escribe acerca del marco legal internacional relativo al tráfico de menores. Por otro lado, **Nadja Pollaert**, Directora General de la Oficina Internacional de Derechos del Niño de Montreal, nos cuenta que la legislación canadiense ha catalogado nuevos delitos de trata y resalta la importancia de la coordinación y cooperación entre las autoridades de las naciones. **Bernie Gravett**, **Superintendente** de la Policía Metropolitana de Londres, nos informa acerca de una exitosa operación articulada entre el Reino Unido y Rumania para contrarrestar el tráfico de niños de Rumania al Reino Unido, que concluyó con la condena de sus autores a prisión.

La trata no es la única forma de explotación que pueden sufrir los niños no acompañados. La abogada **Nadine Finch** plantea los problemas que afectan a los niños que ingresan al Reino Unido sin la compañía de un adulto y menciona los servicios de apoyo que pueden recibir.

El trabajo infantil es una forma específica de explotación que puede acarrear graves consecuencias a largo plazo. Yoshie Noguchi, Asesora de Asuntos legales de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, nos recuerda que los niños que viven o trabajan en la calle se encuentran especialmente en riesgo y nos explica qué se puede hacer para ayudarlos. La Dra. Archana Mehendale hace una reseña de la legislación india destinada a proteger a los niños del trabajo infantil y a brindarles educación y describe sus falencias.

Asuntos de familia

A medida que aumenta la circulación entre países y continentes, se torna más importante la cooperación internacional en materia de justicia civil. El **Juez Thorpe** analiza cómo se han desarrollado las relaciones judiciales entre el Reino Unido y Polonia en los últimos años y el valor que tienen estas relaciones para administrar en forma efectiva y justa los casos de familia.

El campo de los derechos humanos está en constante desarrollo, ya que se busca lograr mayor efectividad en el abordaje de las actuales violaciones de derechos, como la explotación infantil, y tener la capacidad de enfrentar los nuevos desafíos que representan los cambios en las estructuras sociales y los avances en la medicina. El **Profesor Alain Roy**, de la Universidad de Montreal, reflexiona sobre los niños que han sido concebidos artificialmente y sus necesidades particulares, especialmente sobre una necesidad que puede afectar todos los ámbitos de su vida: la de conocer sus orígenes.

Justicia de menores

Ustedes recordarán que la última edición de Crónica contenía algunos artículos sobre salud mental. Los autores de dichos artículos habían ofrecido discursos en la conferencia del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil realizada en Roma en noviembre de 2010. En esa ocasión, señalé que otros oradores realizarían contribuciones para este número. El **Profesor Frieder Dünkel** y su colega **Dra Ineke Pruin**, de Alemania, ofrecen un resumen de un estudio realizado sobre 33 países europeos que analiza las extraordinarias diferencias que se observan en el tratamiento de los menores que delinquen y han sido derivados a instituciones de salud mental. **Lorraine Khan**, del Centro de Salud Mental de Inglaterra y Gales, analiza en profundidad diversas investigaciones sobre la situación de los menores con problemas de salud mental en el sistema judicial de Inglaterra y realiza algunas propuestas para mejorar esta área. Ustedes recordarán que Lorraine escribió sobre la necesidad de intervención temprana en el número de Crónica de julio de 2009.

Los siguientes dos artículos analizan la forma en que pueden llegar a evolucionar los sistemas de justicia juvenil desde dos perspectivas diferentes, ambas con fuertes defensores. Los **Profesores Ton Liefwaard, Ido Weijers y Stephanie Rap** de la Universidad de Utrecht nos informan sobre investigaciones en el área de la psicología evolutiva y sus implicaciones en la administración de los casos que involucran a menores; por su parte, **Antoine Garapon**, ex juez de un tribunal de menores y periodista, en un discurso que brindó en marzo en París ante la Asociación de Jueces Franceses, analiza el impacto de la actual ideología neoliberal en la justicia juvenil y la familia.

La edición de Crónica de julio de 2008 contenía un artículo sobre la nueva legislación de menores en Guernsey. **Karen Brady**, Asesora de Menores de la isla, nos ofrece una reseña actualizada del primer año del Tribunal de los Niños, los Jóvenes y la Comunidad creado por esta nueva legislación.

La **Profesora Kathryn Hollingsworth**, comentarista destacada sobre la paternidad en el derecho, examina en profundidad un documento de consulta del gobierno del Reino Unido llamado *Romper el Ciclo*, que propone la reforma del sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales (consultar la edición de Crónica de enero de 2011), y, entre otras cosas, describe las propuestas del proyecto de ley para la prevención de la delincuencia desde la paternidad.

Las condenas aplicadas a los menores que delinquen reflejan cada vez más los principios de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. **Linda McIver**, del Tribunal de Menores de Nueva Zelanda, nos informa sobre un caso en el que se resolvió en segunda instancia que la minoría de edad del infractor es un factor que se debe tener en cuenta siempre, incluso cuando la ofensa es tan grave que se aplican las condenas correspondientes a la legislación para adultos.

¿Cuántos años tenemos?

Tal vez piensen que es fácil responder esta pregunta, pero las palabras del **Juez Oscar d'Amours**, nuestro vicepresidente, demuestran que no lo es. Quizá tengamos 100 años, o es posible que sólo seamos jóvenes de 83... Pero, en todo caso, tal como lo manifiesta Oscar, en nuestra historia hemos ejercido una importante influencia en el desarrollo de la justicia de menores y los derechos del niño. Sin duda, a medida que lean este número, podrán observar que hoy en día estos dos temas se posicionan con más fuerza que nunca, demostrando la continuidad de los valores y las creencias fundamentales de nuestra Asociación y de nuestros miembros anteriores y actuales.

Felicitaciones

En este sentido, estoy encantado de ofrecer nuestras sinceras felicitaciones a **Jean Zermatten**, ex-Presidente de nuestra Asociación, que fue elegido Presidente del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, en mayo de 2011.

Permítanme agradecer una vez más a todos los que han contribuido con esta publicación. Esta revista depende de ustedes. Por favor, continúen enviándome artículos, especialmente sobre **arresto** (pérdida de la libertad en cualquiera de sus modalidades) para la edición de enero de 2012 y sobre **paternidad** para la edición de julio de 2012.

Avril

chronicle@aimjf.org

Marco jurídico internacional para combatir la trata de niños

Edo Korljan



Instrumentos de las Naciones Unidas

El artículo 3 de la **Convención sobre los Derechos del Niño** establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas tomadas por instituciones públicas o privadas.

La aplicación de este instrumento se suplementa con el **Protocolo facultativo sobre la venta, prostitución y pornografía de niños**, que aborda una gran variedad de problemas relacionados con el tráfico de niños. El Protocolo es aplicable a actividades interestatales y entre países fronterizos.

El primer instrumento internacional vinculante que proporcionó una definición de la trata de personas es el **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños** (el Protocolo). Este complementa a la **Convención contra la delincuencia transnacional organizada**. Es importante destacar que el Protocolo se aplica sólo a la trata entre países fronterizos que es dirigida por redes de delincuencia organizada. Además, se excluye del Protocolo a la trata dentro del país, así como a la trata no vinculada con el crimen organizado. El Protocolo define a la trata de personas de esta manera:

*"la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación"*¹.

¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 2000, artículo 3(a).

Para reforzar las garantías que proporciona, el Protocolo aclara que el consentimiento de una víctima de trata a la explotación pretendida será irrelevante cuando para obtenerlo se haya recurrido a alguno de los métodos mencionados².

El Protocolo ofrece aún más garantías de protección con respecto a la trata de niños. El artículo 3(a) indica que incluso aunque el presunto delincuente no hubiera utilizado ninguno de los métodos de extorsión mencionados anteriormente, la recepción de un niño con fines de explotación será igualmente considerada trata de personas. Las garantías especiales del Protocolo incluyen a cualquier persona menor de dieciocho años, considerada niño³.

El Protocolo también establece medidas para facilitar la cooperación entre Estados parte con el fin de simplificar el proceso de repatriación de las víctimas de trata.

La trata de niños está íntimamente ligada con las diversas formas de trabajo infantil. En 1999, la Organización Internacional del Trabajo, una agencia especializada de las Naciones Unidas⁴, adoptó el **Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación** (*Convenio 182*). Este Convenio enumera las cuatro peores formas de trabajo infantil, a saber:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la explotación sexual de niños con fines comerciales;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, y
- d) el trabajo que es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños⁵.

Existen otros instrumentos universales que han contribuido a combatir la trata de personas y la protección de las víctimas de trata. Entre ellos, deberíamos mencionar específicamente al **Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena**, del 2 de diciembre de 1949.

² *Ibidem*, artículo 3(b).

³ *Ibidem*, artículo 3(d).

⁴ Aprobado en 1919, como parte del Tratado de Versalles.

⁵ Artículo 3.

II. Consejo de Europa

A nivel europeo, existen dos convenios del Consejo de Europa que contribuyen a la lucha contra la trata de personas, y especialmente contra la trata de niños. Estos son el **Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos** (CETS N° 197, 2005) y el **Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual** (CETS N° 201, 2007).

El **Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos** fue ratificado por 43 (de un total de 47) Estados miembro del Consejo de Europa. El Convenio creó un Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) que controla la aplicación del Convenio a través de informes de los países.

El Convenio garantiza protección especial a los niños víctimas de trata obligando a cada Parte a tomar medidas concretas para reducir la vulnerabilidad de los menores a la trata, en particular mediante la creación de un entorno protector para esos menores⁶. También establece procedimientos simples para asistir a los niños víctimas de trata cuando se determina que corresponde expedir permisos de residencia o documentos de viaje⁷.

Además, el artículo 10(3) indica que en caso de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima, y cuando existan razones para creer que se trata de un menor, se presumirá que es un menor y se le aplicarán medidas de protección especiales.

Una vez que se haya identificado al niño como víctima, los Estados parte tienen la obligación de:

a) disponer lo necesario para que sea representado, bien por un tutor legal o por una organización o autoridad que actúe en defensa del interés superior del niño; b) adoptar las medidas necesarias para determinar su identidad y su nacionalidad; c) hacer todo lo posible por encontrar a su familia, cuando ello sea en interés superior del niño⁸.

Cometer una infracción contra un menor se encuentra entre las circunstancias que se consideren agravantes para determinar la sanción⁹.

Según el **Convenio sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual** (también denominado **Convenio de Lanzarote** por la ciudad española en la cual se presentó el Convenio para su suscripción), los Estados parte deben garantizar la criminalización de los siguientes delitos:

(a) captar a un niño para su prostitución o causar que un niño participe en actividades de prostitución;

(b) ejercer coerción sobre un niño para que se prostituya o beneficiarse de su prostitución o explotar a un niño con dichos fines; y

(c) recurrir a los servicios de prostitución de un niño o tener actividad sexual con un niño.

Es el primer tratado internacional que aborda todas las formas de violencia sexual contra los niños. Para proteger a los niños víctimas de abusos, el Convenio exige que se implementen mecanismos de elaboración de informes orientados a los niños, así como procedimientos judiciales y servicios de asistencia que los tengan en cuenta (servicios médicos que incluyan asistencia psicológica, legal etc.) para las víctimas y sus familias. El Convenio también prevé:

- la tipificación y criminalización de todas las formas de violencia sexual, incluso las que son perpetradas mediante el uso de Internet;
- la extensión del período de limitación más allá de la mayoría de edad legal;
- la posibilidad de procesar judicialmente a personas que cometieron delitos de esta índole en otro país (incluso si el acto no está tipificado como delito en dicho país) y la implementación de medidas para garantizar la responsabilidad objetiva y evitar la impunidad de las personas jurídicas¹⁰.

El Convenio no establece ningún estándar con respecto al tipo de sanciones que se deben imponer, pero sí indica que éstas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que se tendrá en cuenta la gravedad de los delitos cometidos. Las sanciones pueden incluir penas privativas de la libertad que pueden dar lugar a extradición, sin dejar de lado el control y la supervisión de las personas condenadas.

Estos Convenios fueron precedidos por otro instrumento jurídico elaborado por el Consejo de Europa, que se refiere a la trata de personas con fines de explotación sexual, concretamente, la **Recomendación N° R (2000) 11 del Comité de Ministros sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual** cuya definición de trata de personas sigue la línea del **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños**. En dicho instrumento se les recomienda a los Estados miembro que organicen campañas de información para concientizar a la población, especialmente a los grupos más vulnerables, como los niños, y que incorporen programas de educación sexual en las escuelas.

⁶ Artículo 4.

⁷ *Ibidem*, artículo 10.

⁸ *Ibidem*, artículo 10(4).

⁹ *Ibidem*, artículo 24(b).

¹⁰ Discurso de Maud de Boer-Buquicchio, Subsecretaria General del Consejo de Europa, disponible en http://www.coe.int/t/secretarygeneral/sga/speeches/2011/20110228_new_york.asp

El único inconveniente de este instrumento es que no tiene carácter vinculante. No obstante, incluso estas recomendaciones, aunque no sean vinculantes, podrían ser interpretadas como un "estándar común europeo" por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹.

III. Estándares de la Unión Europea

Los dos instrumentos jurídicos principales sobre trata de niños producidos dentro de la Unión Europea son la **Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra la trata de seres humanos**, de 2002, y la **Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil**, de 2003. Ambos instrumentos apuntan a introducir disposiciones marco comunes en la Unión Europea con el fin de abordar ciertos temas como criminalización, penas y otras sanciones, circunstancias agravantes, competencia y extradición.

La **Decisión marco sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil** enuncia una serie de comportamientos que deben considerarse ilícitos: coaccionar a un niño para que se prostituya, explotarlo o lucrar con ello o facilitar por cualquier otro medio, así como practicar actividades sexuales con un niño, abusando de su condición de vulnerabilidad. Los 27 Estados miembro están obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar que la instigación a cometer alguno de los delitos mencionados y la tentativa de cometer dichas conductas ilícitas sean punibles.

En 2002, el entonces llamado Consejo de Justicia y Asuntos Internos adoptó el **Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos** en la Unión Europea. Este Plan reconoce la distinción entre el tráfico y la trata de seres humanos¹².

IV. Jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso de *Siliadin vs. Francia* surge de un supuesto hecho de trata de un niño para trabajo forzoso. La decisión de este caso representa el primer reconocimiento por parte del Tribunal de Estrasburgo de que el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECHR), que versa sobre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, impone obligaciones positivas sobre los Estados. La apelante, Siwa-Akofa Siliadin, es una mujer togolesa. A los quince años, se mudó a Francia con otro nacional de Togo que se apoderó de su pasaporte. En consecuencia, la apelante se convirtió en una sirvienta doméstica no remunerada.

Como no existían fallos precedentes en los que se reconocieran las obligaciones positivas impuestas por el artículo 4 del CEDH, la apelante se basó en la analogía con fallos precedentes fundados en otras disposiciones, en particular, en los artículos 3 y 8 del CEDH¹³. El gobierno francés sostuvo que, por el contrario, debido al margen de apreciación reservado a los Estados, Francia tenía la discreción de implementar las disposiciones del artículo 4 a través de órdenes de reparación civil en lugar de imponer sanciones penales¹⁴.

Para establecer la obligatoriedad de las disposiciones del artículo 4, el Tribunal se remitió a otras disposiciones relevantes de tratados internacionales, especialmente el artículo 4 del Convenio sobre trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo, de 1930. El Tribunal decidió que limitar las responsabilidades del Estado a una obligación negativa de abstenerse a violar directamente el artículo 4 sería inconsistente con los instrumentos internacionales relevantes. El Tribunal concluyó que se debe interpretar que el artículo 4 impone obligaciones positivas a los Estados, en particular, la obligación de sancionar tanto a los autores privados como a los autores públicos con medidas penales efectivas¹⁵.

¹¹ *Shtukaturov vs. Rusia*, Solicitud Nº 44009/05, fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de marzo de 2008, párrafo 95.

¹² "Las expresiones 'tráfico' y 'trata' se utilizan a menudo como sinónimos, pero deberíamos establecer una distinción muy clara entre ellas, porque son cosas sustancialmente distintas (...) el tráfico está vinculado con el traspaso ilegal de fronteras y el ingreso ilegal a un país. Por lo tanto, el tráfico siempre es transnacional. En cambio, en el caso de la trata, el elemento principal es el objetivo de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, sin importar, en principio, cuál es la forma en que la víctima llegó al lugar donde se efectúa la explotación".

¹³ *Siliadin vs. Francia*, Solicitud de apelación Nº 73316/01, fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de octubre de 2005, párrafos 66-67.

¹⁴ *Ibidem*, párrafos 73-76.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 89.

Además, el Tribunal sostuvo que la legislación penal vigente en ese momento no le otorgaba a la apelante, una menor de edad, protección práctica y efectiva contra las acciones de las que era víctima. Por lo tanto, se determinó que había una violación del artículo 4 del CEDH¹⁶.

También en *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, un caso reciente, se discutieron las obligaciones positivas y negativas de los Estados miembro en virtud del artículo 4 del CEDH. El apelante, Nikolay Rantsev, es un nacional de Rusia que interpuso un recurso de apelación en representación de su hija Oxana Rantseva, víctima de trata, que falleció en circunstancias poco claras en Chipre, mientras trabajaba en un cabaret. El Tribunal determinó que Chipre, el Estado de destino de la víctima, no sólo había sido incapaz de proteger a la joven de la trata o de su injusta detención previa a la muerte, sino que también había incumplido la obligación de investigar adecuadamente las circunstancias de su muerte. El Tribunal también determinó que Rusia, su Estado de origen, había incumplido la obligación de investigar adecuadamente la forma en que la joven Rantseva había sido trasladada ilícitamente a otro país¹⁷.

Como se trata de un fenómeno relativamente moderno, la trata de niños no está legislada específicamente en el CEDH, del año 1950. No obstante, el Tribunal concluyó que la trata de niños está contenida dentro del alcance del artículo 4 del Convenio (que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio). El Tribunal subrayó que los Estados tienen obligaciones positivas que surgen del artículo 4 en relación con la trata, y sostuvo que entre estas obligaciones se encuentran la de adoptar leyes que proporcionen un marco jurídico y administrativo efectivo y adecuado, tomar medidas que garanticen la protección, e investigar los casos de trata una vez que hayan ocurrido¹⁸.

V. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)

Por su parte, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) también lucha contra "esta forma moderna de esclavitud que es una afrenta a la dignidad humana". Lo hace a través de la creación de la Oficina del Representante Especial y Coordinador de la Lucha contra la Trata de Seres Humanos. La **Decisión del Consejo Ministerial de Maastricht Nº 2 de 2003 sobre la lucha contra la trata de seres humanos** adhirió al ambicioso Plan de Acción de la OSCE, que proporciona un marco jurídico para aplicar las estrategias de la OSCE contra la trata de personas. El rol de la Oficina del Representante Especial y Coordinador para la Lucha contra la Trata de Seres Humanos apunta más a coordinar y brindar asesoramiento que a establecer normas.

VI. Conclusión

Podemos concluir razonablemente que los diversos instrumentos internacionales relacionados con la trata se complementan entre sí y que se ha evitado la proliferación de textos similares y contradictorios. El principio fundamental en todos estos textos es la preeminencia del interés superior del niño, que es el punto de partida de todos estos instrumentos.

La aclaración de la Unión Europea en el año 2002 acerca de la diferencia entre los términos "tráfico" y "trata" hace una clara distinción entre los dos conceptos. Por lo tanto, está claro que no es necesario el traspaso de fronteras para que una determinada conducta sea catalogada como trata.

Los casos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están colaborando realmente en ese aspecto, reiterando que el artículo 4 del Convenio cubre todas las formas de esclavitud e impone obligaciones positivas y negativas sobre los Estados miembro. Por lo tanto, los Estados están obligados a tomar medidas preventivas adicionales para cumplir con las normas internacionales y evitar la trata de niños.

Por último, los instrumentos internacionales relativos a la trata de niños proporcionan definiciones claras y consistentes, que sirven para cubrir posibles lagunas o ambigüedades del derecho. Estos instrumentos establecen un marco jurídico en el que los tratados vinculantes se complementan con el contenido de instrumentos de derecho indicativo (no vinculantes).

Edo Korljan es Secretario de la Comisión de Derecho de Familia, Consejo de Europa

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 148.

¹⁷ *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, Solicitud de apelación Nº 25965/04, fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de mayo de 2010, párrafos 283-304.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 309.

La trata de menores desde una perspectiva norteamericana: el caso de Canadá

Nadja Pollaert



Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, el tráfico de personas es una de las actividades delictivas que más rápido han crecido en los últimos años. La Organización Internacional del Trabajo, mediante un cálculo conservador, afirma que al menos 2.450.000 personas en todo el mundo son víctimas de tráfico interno o internacional, el cual puede incluir trabajos forzados y explotación sexual. Los menores se trafican de diversas formas a efectos de explotación sexual o trabajos forzados. En muchos países, la situación precaria de un niño o una familia se manipula a través de las formas "tradicionales" de ubicación del menor en la familia de un pariente más afortunado. Además, el bajo índice de nacimientos registrados hace imposible establecer la identidad de los niños que a menudo son absorbidos por las megalópolis de todo el mundo.

Es en este contexto que, el 15 de noviembre de 2000, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto con dos protocolos adicionales: el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y el Protocolo de Palermo *para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Tras convertirse en ley en 2003, esta Convención internacional ha sido excepcional en el sentido de que es un documento bastante exhaustivo sobre la trata de personas y representa la culminación de más de dos siglos de complejos debates internacionales.

No obstante, cabe destacar que la protección de los menores ya se había garantizado de un modo más general mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989. Además, el 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas

adoptó dos Protocolos facultativos de la Convención, incluido el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Este Protocolo facultativo entró en vigor el 18 de enero de 2002. Presta especial atención a la penalización de todas estas violaciones particulares a los derechos de los niños y acentúa la importancia de la conciencia pública y la cooperación nacional en el esfuerzo de combatir el tráfico de personas. El Protocolo define delitos que constituyen la "venta de niños", "la prostitución infantil" y "la utilización de niños en la pornografía". Establece las sanciones que deberían adoptarse no sólo en contra de los que proporcionen o entreguen niños para explotación sexual, transplante de órganos o explotación económica, sino también contra cualquier persona que acepte al niño en el marco de estas violaciones a los derechos humanos.

Debido a su ubicación geográfica, Canadá no se ve tan afectada por este fenómeno como otros países, pero aun así se la considera un país de origen y tránsito. El hecho de que Canadá limite con un solo país, Estados Unidos, explica por qué el tráfico desde el exterior es menos común que en otras partes.

La situación canadiense

Esto, sin embargo, no significa que Canadá sea ajena al tráfico. Según el Departamento de Estado de EE. UU. en su informe sobre el tráfico de personas (2010), Canadá no sólo es un país de destino y tránsito, sino también un país de origen para víctimas de tráfico. En 2002, el gobierno canadiense se comprometió a luchar contra el tráfico al ratificar el Protocolo de Palermo. Siguiendo con este compromiso, en 2002, Canadá promulgó una nueva ley de inmigración y protección de refugiados, la cual prohíbe expresamente la trata de personas. Además, la Ley de Reforma del Código Penal (en relación con la trata de personas) entró en vigor el 25 de noviembre de 2005. Esta Ley ha creado tres nuevos delitos sancionables mediante acusaciones formales que han sido diseñadas especialmente para condenar la trata de personas y permitirles a los organismos de orden público responder a estas violaciones.

Desde que la Ley entró en vigor, dos hombres fueron declarados culpables de trata de personas en Ontario en 2008. Por primera vez, un canadiense fue acusado de tráfico de personas y condenado a 36 meses de prisión. La víctima, una persona de Montreal de 20 años de edad, había sido reclutada para trabajar en un club de striptease. A principios de febrero de 2009, otro hombre fue acusado de trata. La policía de Montreal detuvo al individuo, quien compareció

ante el tribunal al día siguiente para enfrentar tres cargos de trata de personas, trece cargos de proxenetismo y dos cargos de agresión con lesiones físicas.

No obstante, más allá de estos casos aislados, es difícil establecer la magnitud de la trata (interna y transfronteriza), dado que la gran mayoría de los datos disponibles son poco confiables, según informa el Departamento de Estado de EE. UU. Existen varios factores que dificultan la recopilación de datos: la naturaleza clandestina del acto, la negación de las víctimas a buscar ayuda y presentar una demanda oficial, y la falta de capacitación de ciertos funcionarios del gobierno y organizaciones no gubernamentales (ONG), que no siempre están equipadas para identificar a las víctimas de trata. Además, son pocos los estudios sobre la trata de personas que establecen una distinción entre la explotación de niños y la explotación de adultos. Esto hace que no haya datos precisos disponibles sobre el problema en toda su extensión, especialmente en lo que concierne a los niños en Canadá. Por esta razón, la Real Policía Montada de Canadá (RCMP, por sus siglas en inglés) duda antes de publicar estadísticas.

El Comité sobre los Derechos del Niño

El gobierno de Canadá presentó su primer informe (ratificado el 14 de septiembre de 2005) sobre la implementación del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía en 2009. Este informe, elaborado por diversos departamentos del gobierno, brinda una descripción detallada de las reformas legislativas que se han desarrollado para incorporar los compromisos internacionales de Canadá dentro del país.

Hasta la fecha, el Comité sobre los Derechos del Niño no ha hecho comentarios sobre este primer informe acerca de la implementación del Protocolo por parte de Canadá. Aun cuando el marco legal canadiense para impedir la explotación sexual infantil sea sólido en términos generales, si tenemos en cuenta la legislación para combatir la trata, el incremento de la edad de consentimiento a 16 años y los últimos avances en la protección de menores contra su utilización en la pornografía y su explotación en relación con nuevas tecnologías, todavía hay ciertos problemas en lo que refiere a la aplicación de estas leyes.

Los problemas relacionados con la prevención y protección de los niños contra la explotación sexual real o potencial siguen sin resolverse debido a la aplicación limitada del código penal. Las razones de esto incluyen: la falta de recursos; el requisito de preservar los derechos del acusado, lo cual en ocasiones conlleva la necesidad de múltiples testimonios del niño en carácter de víctima o testigo; la representación desproporcionada de niños indígenas (dentro y

fuera de las reservas); y la falta de una estrategia canadiense holística que alinee las políticas federales, provinciales y municipales para abordar la explotación sexual y el tráfico de niños. Por último, no hay que pasar por alto las consecuencias de la baja participación de niños y jóvenes en el desarrollo y la implementación de políticas y programas que aborden la explotación sexual y el tráfico.

Niños de las Primeras Naciones en Canadá

En la actualidad, no existe ningún estudio pancanadiense sobre la trata de mujeres y niños aborígenes. Según un análisis de la publicación *First Peoples Child & Family Review*ⁱⁱ, que incluye diversas entrevistas a grupos de mujeres indígenas y organizaciones que trabajan para erradicar la explotación sexual de niños indígenas, la falta de datos estadísticos puede explicarse por el hecho de que a muchos niños se los obliga a prostituirse y luego éstos se vuelven víctimas del tráfico interno a nivel nacional, en lugar de local.

En otros casos, las redes de tráfico ilícito que involucran niños son dirigidas por grupos del crimen organizado. Por esta razón, se calcula que los pueblos indígenas están representados de manera desproporcionada entre las víctimas de tráfico. Este hecho ha sido informado por partes interesadas en un estudio encomendado por el Departamento de Justicia de Canadá.

La mayoría de las víctimas de tráfico son mujeres indígenas de entre 20 y 40 años de edad, aunque varias víctimas tenían menos de 18. De hecho, algunas de estas víctimas apenas superaban los 7 años de edad. Esta situación se ve en diversos tipos de entornos urbanos y rurales, tanto dentro como fuera de las reservas. Puede afirmarse que el fenómeno del tráfico interno afecta a una mayor proporción de indígenas que viven en reservas en la zona norte de la Columbia Británica, las praderas y Quebec. El altísimo índice de niños indígenas que sufren abuso sexual y abandono, junto con la cifra elevada de niños indígenas en custodia tutelar, los hacen más vulnerables a convertirse en víctimas de tráfico. Incluso a veces, en el tráfico interno, las propias familias de las niñas indígenas las obligan a entrar en una red de trata a cambio de bienes o dinero¹. Un estudio afirma que las niñas indígenas que se mudan a zonas urbanas a menudo son marginadas y experimentan un desarraigo cultural y personal, lo cual aumenta su vulnerabilidad ante los tratantes¹.

Un ejemplo de una iniciativa desarrollada entre dos niveles de gobierno es el Principio de Jordanⁱⁱⁱ, adoptado en forma unánime el 12 de diciembre de 2007 en la Cámara de los Comunes para poder resolver el conflicto de jurisdicción con respecto a la atención médica de los niños indígenas.

Después de conocer bien los factores que conducen a la trata de personas, no se puede ser indiferente a las estadísticas que demuestran la extrema vulnerabilidad de los jóvenes aborígenes a convertirse en víctimas de trata.

Tráfico transfronterizo: Cooperación entre Canadá, EE. UU. y el resto del mundo

Puesto que el tráfico es un problema común a los tres países de Norteamérica, se han desarrollado iniciativas conjuntas para contrarrestar la trata de niños. Por lo tanto, corresponde nombrar algunas de las iniciativas que intentan erradicar la trata de personas, especialmente de niños.

En términos de iniciativas norteamericanas, Canadá y Estados Unidos han establecido un equipo integrado de policía fronteriza, a fin de evaluar e identificar actividades vinculadas a la delincuencia organizada en la frontera entre Canadá y EE. UU. Además, estos tres países han sido sede de varias consultas y conferencias regionales destinadas a identificar y solucionar problemas relacionados con la trata de niños.

Mientras se preparaban para el Segundo Congreso Internacional contra la Explotación Sexual Infantil, realizado en Yokohama en 2001, estos tres países se reunieron para debatir sobre la explotación sexual infantil con fines comerciales e implementar un plan de acción regional.

También, durante la organización del Tercer Congreso Internacional realizado en Río de Janeiro en diciembre de 2008, se llevó a cabo una reunión regional preparatoria en Arlington (Virginia, EE. UU.) en octubre de 2008ⁱⁱ. Representantes de diversas organizaciones no gubernamentales y de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá pudieron analizar las medidas que debían adoptarse para proteger mejor a los niños, no sólo de la explotación sexual sino también de la trata de personas. Se hicieron varias recomendaciones para incrementar la difusión de estos problemas y reforzar el cumplimiento de la ley. Entre otras cosas, se reconoció que los pueblos indígenas de EE. UU. y Canadá tienen una representación desproporcionada entre las víctimas del tráfico.

Canadá y Estados Unidos ya se habían reunido un mes antes en Winnipeg como parte de una reunión temática para el Tercer Congreso (coorganizada por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño). En esta reunión, se hizo hincapié en el rol y la responsabilidad del sector privado en la protección de los niños contra la explotación sexual y el tráfico.

Recién en febrero de 2008ⁱⁱ los diversos miembros de los gobiernos de Canadá, México y los Estados Unidos se reunieron por primera vez para tratar específicamente el tema del tráfico de personas. Esta reunión fue organizada por la Oficina del Departamento de Estado de EE. UU., que es responsable de combatir la trata de personas.

Dichas reuniones también sirven para analizar las evaluaciones del tráfico de personas, incluido el tráfico de niños, que realizan Canadá y Estados Unidos. Las reuniones nos permiten apreciar en qué medida la cooperación entre estos países radica en la prevención. A la luz de lo anterior, Canadá ha desarrollado o subsidiado diversos programas de prevención implementados por organizaciones no gubernamentales.

Los tres países norteamericanos con frecuencia intercambian información sobre los casos de trataⁱⁱ, y el gobierno de Canadá ha brindado apoyo financiero, a través de la Organización de Estados Americanos (OEA), con el objeto de desarrollar una brigada de oficiales entrenados para reconocer y prevenir el tráfico en Méxicoⁱⁱ. Por último, es importante mencionar que, desde 2003, Canadá ha participado en el estudio de varios proyectos de resolución para combatir el tráfico de personas. Además, desde junio de 2004, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) ha adoptado una política de tolerancia cero en la lucha contra el tráfico de personas por parte de sus fuerzas y el personal civilⁱⁱ.

Todos los años, más de 150 funcionarios, en representación de unos cincuenta departamentos y organismos, se reúnen en el Foro de EE. UU. y Canadá sobre Delincuencia Transfronteriza. El Foro pretende desarrollar soluciones comunes contra este tipo de delincuencia, incluida la trata de personas. Desde su establecimiento en 1996, la Policía Fronteriza Integrada (IBET, por sus siglas en inglés) ha preservado la integridad y seguridad de la frontera, lo cual incluye la lucha contra la delincuencia transnacional. También hay equipos integrados de inteligencia transfronteriza (EIRF, por sus siglas en inglés), que apoyan a la IBET mediante la recolección de datos y la divulgación de información. El comité coordinador del Acuerdo entre Canadá y Estados Unidos sobre su frontera común se reúne cuatro veces al año para debatir sobre temas clave relacionados con la seguridad fronteriza, incluido el tráfico de personas. La Declaración de Frontera Inteligente y la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad (SPP, por sus siglas en inglés) incluyen iniciativas relacionadas con la lucha contra la trata de personas. El SPP también se extiende a México. Además, los tres países están trabajando conjuntamente a través del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Laboral (NAALC, por sus siglas en inglés). El Tratado de Asistencia Legal Mutua firmado en 1985 facilita la investigación y el proceso judicial de casos de tráfico mediante el intercambio de información, la identificación de personas y la divulgación de evidencia. Por último, Canadá y Estados Unidos están realizando operaciones conjuntas contra la trata de personas. El Centro de Coordinación Nacional contra la Explotación Infantil (NCECC, por sus siglas en inglés), que forma parte de la Real Policía Montada de Canadá (RCMP), tiene

la responsabilidad de coordinar la implementación de estrategias para combatir la explotación sexual infantil por Internet en todo el mundo. Por su naturaleza, el NCECC está en contacto permanente con Interpol y otros colaboradores internacionales. Además, la RCMP capacita a policías extranjeros con las herramientas de investigación en casos de trata de personas.

Medidas adoptadas por Canadá

La Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (IRPA, por sus siglas en inglés) se aprobó en 2001 e incluye cláusulas referentes al tráfico externo. El Código Penal de Canadá se reformó en 2005 para penalizar todo tipo de trata. Cualquier persona que "reclute, transporte, traslade, reciba, posea o aloje a una persona, o ejerza control, dirección o influencia sobre los movimientos de una persona, con el fin de explotarla o facilitar su explotación"ⁱⁱⁱ cometerá el delito de trata de personas. El término "explotación" se define de la siguiente manera:

[Una] persona explota a otra persona si:

- a) se comporta de modo tal que hace que la otra realice o se ofrezca a realizar trabajos o servicios por creer, según resulte razonable de acuerdo con el contexto, que al negarse pondría en peligro su seguridad o la de un conocido;
- b) recurre a engaños, amenazas, el uso de la fuerza u otra forma de coerción para hacer que ésta done un órgano o tejido.^{iv}

En Canadá, el Grupo de Trabajo Interdepartamental sobre Trata de Personas (IWGTIP, por sus siglas en inglés) se encarga de "coordinar los esfuerzos federales para resolver el problema de la trata de personas, lo cual incluye el desarrollo de una estrategia integral para combatir este problema conforme a los compromisos internacionales de Canadá". Este grupo es presidido de manera conjunta por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional y el Departamento de Justicia de Canadá. El Departamento de Seguridad Pública y Preparación ante Emergencias, el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración de Canadá (CIC, por sus siglas en inglés) y la Real Policía Montada de Canadá (RCMP) también tienen la obligación de intervenir en casos de trata.

Este enfoque tiende a reforzar la prevención. Así, en 2006, el IWGTIP centró sus esfuerzos en la prevención, en torno a la idea de que si las posibles víctimas de trata están bien informadas, no se las reclutará. Esta iniciativa del gobierno federal recibió el apoyo del gobierno provincial de Quebec, el cual ha establecido un comité subinterdepartamental presidido por el Ministerio de Justicia de Quebec. Su principal mandato es hacerle recomendaciones al gobierno con respecto a la prestación de servicios a mujeres inmigrantes que hayan sido víctimas de trata en Quebec. No obstante, las medidas de protección para las víctimas siguen siendo inadecuadas y no se prevé ningún tipo de asistencia legal. Más aún, el trato que recibe la víctima interceptada queda a criterio de los oficiales de policía (federal u otra) e inmigración.

En términos de protección, Canadá ha implementado un sistema de permisos de residencia temporarios (TRP, por sus siglas en inglés) para las víctimas de trata. El permiso tiene una validez de 180 días, puede renovarse y debería permitirles a las víctimas solicitar la residencia permanente. Las víctimas también pueden recibir un permiso de trabajo. Los costos de dichos permisos, \$200 y \$150, respectivamente, se eliminaron en junio de 2007. Si bien el permiso temporario también incluye atención médica conforme al Programa Federal de Salud Temporario, son pocos los permisos que se han emitido desde la implementación de este sistema.

En lo que respecta al procesamiento judicial de los tratantes, en 2005 se sancionó una *Ley de Reforma del Código Penal (relativa a la trata de personas)* que le confiere a la trata el carácter de delito penal (las secciones relevantes van de la 279.01 a la 279.04). En los casos de agresión agravada, agresión sexual o muerte, el tratante podrá ser condenado a cadena perpetua. En otros casos, la pena máxima es de catorce años. La obtención de un beneficio material a través de la trata está penada con hasta diez años de prisión, mientras que la retención y destrucción de documentos de identificación o viaje podría dar lugar a una pena máxima de cinco años de prisión. Según la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (IRPA), se considera un delito "ingresar una o más personas a Canadá mediante fraude, engaño, secuestro, amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coerción" (art. 118). Este delito puede sancionarse con cadena perpetua y una multa de un millón de dólares. En 2006, cinco personas fueron condenadas por delitos relacionados con la trata, aunque la pena más severa que se impuso fue de ocho años de prisión.

Conclusión

La trata de niños en Canadá básicamente se relaciona con la explotación sexual infantil, según se detalla en el informe de la Real Policía Montada de Canadá sobre la Trata en Canadá (marzo de 2010). Las últimas condenas demuestran que el tráfico interno para la explotación sexual es la forma de trata más común. A los sospechosos de trata se los suele asociar con otros delitos, incluida la producción y venta de drogas y la conspiración para cometer un homicidio. Además, la RCMP advierte que los tratantes suelen ser de la misma raza que sus víctimas. Una evaluación del fenómeno de la trata en Canadá mostró un fuerte lazo entre el abandono y abuso sexual de los niños y su vulnerabilidad a ser reclutados para el tráfico. Tal como lo resume Anastasia Kusyk, defensora y miembro de la Alianza de Trabajadoras Sexuales de Toronto, en su testimonio ante el Subcomité de Leyes de Prostitución de la Comisión Permanente de Justicia y Derechos Humanos (Cámara de los Comunes, 2005): "*Muchos niños vienen de hogares muy violentos, y créanme, he hablado con ellos. He trabajado con ellos durante 14 años a través de programas de extensión. Estaban mejor en la calle que si se los hubiera puesto bajo la custodia de la asistencia social, en hogares adoptivos o en cualquier otro lado*".

Nadja Pollaert, Directora General de la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Montreal (Canadá)

n.pollaert@ibcr.org www.ibcr.org

^[1] Jackie Lynne, *Colonialism and the Sexual Exploitation of Canada's First Nations women*. Este documento se puede consultar en: <http://www.prostitutionresearch.com/colonialism.html>

^[2] Para más información, consulte el documento de junio de 2007 de la Native Women's Association of Canada: <http://www.nwac-hq.org/en/documents/nwac-gangs.pdf>

^[3] <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2007/>.

^[4] First Peoples Child & Family Review, Volumen 3, Número 3, 2001, "Domestic Sex Trafficking of Aboriginal Girls in Canada: Issues and Implications", Anupriya Sethi, pp. 57-71.

^[5] «El Principio de Jordan, en memoria de Jordan River Anderson, es un principio de prioridad infantil que exige que el gobierno de primer contacto cubra los costos de los servicios para el niño y solicite más tarde el reintegro de lo abonado, de modo que el niño no quede varado en medio de una burocracia excesiva del gobierno. El Principio de Jordan se aplica a TODOS los servicios del gobierno, y debe ser adoptado e implementado totalmente por el gobierno de Canadá y todas sus provincias y territorios. Jordan dejó un legado de equidad para todos los niños; ahora depende de nosotros garantizar que se lo implemente.» (<http://www.fnccs.com/jordans-principle>)

^[6] The Unesco Courier:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001227/122747e.pdf>

^[7]

http://www.ecpat.net/WorldCongressIII/PDF/RegionalMTGs/canada_us_consult_report_final.pdf

^[8] Oficina para Monitorear y Combatir la Trata de Personas, *Foto: Conferencia Trilateral de EE. UU., Canadá y México sobre la Lucha contra la Trata de Personas*, 29 de febrero de 2008:

<http://www.state.gov/r/pa/ei/pix/b/103928.htm>

^[9] Oficina para Monitorear y Combatir la Trata de Personas, *Informe sobre Trata de Personas de 2008*, 4 de junio de 2008:

<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2008/105387.htm>;

Oficina para Monitorear y Combatir la Trata de Personas, *Informe sobre Trata de Personas de 2007*, 12 de junio de 2007:

http://www.publiclegaled.bc.ca/snapfiles/Publications/2007_Human_Trafficking.pdf

^[10] Oficina para Monitorear y Combatir la Trata de Personas, *Informe sobre Trata de Personas de 2008*, 4 de junio de 2008:

<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2008/105387.htm>

^[11] Organización del Tratado del Atlántico Norte:

<http://www.nato.int/issues/trafficking/index.html>

^[12] *Código Penal*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 279.01.

Operación Golf—una investigación conjunta del Superintendente del Reino Unido y Rumania para luchar contra la delincuencia organizada y la trata de niños

Lamentablemente, hay niños que son comprados y vendidos en todo el mundo, ingresados ilícitamente al Reino Unido y luego explotados dentro del Reino Unido para el beneficio económico ajeno. La trata es un delito complejo que se maneja en la clandestinidad y ha sido ignorado durante mucho tiempo por la sociedad en general y negado por las agencias públicas.

La Operación Golf es una investigación conjunta entre la Policía Metropolitana del Reino Unido (MPS) y la Policía Nacional Rumana (RNP) para luchar contra un grupo de delincuencia organizada roma de Rumania que trafica y explota menores de la comunidad roma de Rumania, una de las comunidades más pobres y desfavorecidas de Europa.

Este grupo de delincuencia organizada (OCG) ha aumentado su actividad desde la integración de Rumania a la Unión Europea y ahora está traficando a familias enteras para explotarlas, obligándolas a delinquir y estafar a las agencias de servicios sociales.

La 'Operación Golf' de la Policía Metropolitana (MPS) fue lanzada en 2007 a cargo del Comandante Steve Allen debido a que, durante los primeros 3 meses de 2007, la MPS detectó un aumento de 786% en los delitos cometidos por rumanos.

Antecedentes

CASOS DE ESTUDIO: Niña "A" Fecha de nacimiento: 01/01/1986 – Actualmente tiene 24 años.

La niña "A" es parte de los 1.107 menores de edad que fueron trasladados ilícitamente fuera de Rumania antes de su integración a la Unión Europea (en 2007). La banda criminal la sacó de Rumania en un automóvil junto con otros 5 niños. La llevaron hasta Hungría, pasando por varios países de Europa. La primera vez que se supo de ella en el Reino Unido fue en 2002 cuando tenía 16 años. Fue arrestada por robo en el Municipio de Westminster. Fue sancionada con una advertencia por este delito. Desde ese momento, acumuló un total de 17 condenas y 3 advertencias por delitos de hurto, robos por sorpresa y por no comparecer ante el tribunal. Luego, fue arrestada 6 veces más, pero no fue procesada por los delitos de los que se la acusaba. Cumplió una condena a prisión en la cárcel de mujeres Holloway.

Tiene un total de 8 alias y 9 fechas de nacimiento conocidas. Se han registrado 43 informes de inteligencia sobre ella en Londres. La mayoría de las veces fue arrestada en Westminster pero también en Enfield, Camden, Hammersmith y Kensington. También se sabe que cometió delitos en Surrey, en la ciudad de Londres y en el área cubierta por la policía vial de Gran Bretaña (BTP).

En 2006, la banda criminal la llevó a España pero regresó al Reino Unido en 2007, después de la integración de Rumania a la Unión Europea.

"A" tiene muchos compañeros que figuran en los registros informáticos de la policía (PNC) por tener antecedentes penales y son conocidos por la policía en el Distrito de la Policía Metropolitana. Ella continúa viviendo en la pobreza, es decir que su conducta delictiva no la ha beneficiado económicamente.

El primer indicio

A fines de 2006, una mujer roma de nacionalidad checa llamada Anna PUZOVA fue detenida por el Servicio de Inmigración del Reino Unido cuando ingresaba al país por el aeropuerto de Stansted. Anna estaba viajando con tres niños que, según ella, eran tres de sus hijos. Anna era madre de 8 niños; pero los tres niños que estaban con ella no podían comunicarse con Anna porque sólo hablaban rumano. Anna fue arrestada, los niños fueron colocados bajo cuidado del Estado, y la Agencia de Delincuencia Organizada (SOCA) del Reino Unido comenzó una investigación. Esta operación fue denominada 'Operación Girder'. La SOCA rápidamente detectó que Ana había ingresado varias veces al Reino Unido con otros 18 niños en total. Los 3 niños recuperados fueron identificados como provenientes de un pueblo del Sudeste de Rumania llamado 'Tandarei'.

La investigación reveló que existía una red criminal con base en la comunidad roma que operaba en el Reino Unido y que, al parecer, explotaba a los niños ingresados ilícitamente al país para que cometan delitos. El líder de la banda criminal del Reino Unido fue identificado como roma de Rumania de género masculino llamado Remus KVEC. Mientras que KVEC operaba desde el Noreste de Inglaterra, se encontraron múltiples referencias a domicilios de Londres.

Anna PUZOVA es una mujer de nacionalidad checa que tiene 8 hijos naturales propios. La vinculación surge de su procedencia roma. A Anna le pagaban £1.000 por viaje. En ese momento, la banda les cobraba £1.000 por niño a las familias roma para ingresarlos ilícitamente al Reino Unido. Los niños eran llevados por la banda hasta Italia y de allí viajaban en avión con Anna al Reino Unido antes de ser entregados nuevamente a la banda y distribuidos por el Reino Unido.

En 2006, ante el Tribunal de Chelmsford (*Chelmsford Crown Court*), Anna se declaró culpable de seis cargos por facilitar el ingreso ilícito de niños al país y fue encarcelada por tres años.

De los 21 niños ingresados ilícitamente al Reino Unido por KVEC y PUZOVA, sólo los últimos tres fueron recuperados e identificados. La investigación de la SOCA derivó en el procesamiento efectivo de 8 adultos por facilitar el ingreso ilícito de niños al Reino Unido. Remus KVEC fue condenado a 8 años de prisión. Anna PUZOVA se declaró culpable de seis cargos en el Tribunal de Chelmsford y cumplió una condena de tres años en prisión.

Pero ésta era sólo la punta del iceberg.

La Operación Girder hizo que la Policía Nacional Rumana (RNP) iniciara una investigación sobre el traslado ilícito de tres niños rumanos. Esto puso rápidamente de manifiesto la gran magnitud del problema de la trata. Esta investigación demostró que KVEC era responsable sólo de la etapa final del delito de trata, pero formaba parte de una banda de delincuencia organizada (OCG) que operaba al mismo tiempo en varias partes de Europa. Tanto la OCG como los niños provenían de un mismo pueblo, llamado Tandarei, del Sudeste de Rumania. Todas las víctimas y la banda pertenecen a la comunidad roma de Rumania. La RNP descubrió que durante un período de 4 años la banda había trasladado ilícitamente a 1.107 niños identificados, todos de Tandarei, de Rumania a Europa Occidental. Las evidencias demuestran que la mayoría de estos niños han sido o están siendo explotados, ya que se los obliga a mendigar y robar, en varios países de Europa.

La investigación de la RNP detectó las rutas de la trata, el método utilizado y el hecho de que las redes de delincuencia organizada operaban en toda Europa pero principalmente en el Reino Unido, Italia, España y Francia. No obstante, el mayor desafío que encontraron fue que la explotación se produce fuera de Rumania, mientras las bandas criminales rumanas se enriquecen a costa de dicha explotación. Los aspectos más visibles de este enriquecimiento ilícito son la edificación de mansiones, la compra de automóviles de lujo y la posesión de grandes cantidades de dinero en efectivo.

En enero de 2007, Rumania se integró a la Unión Europea. Tres meses después de la integración de Rumania a la UE, los delitos cometidos por rumanos en Londres habían aumentado en un 786%¹. El análisis de las estadísticas determinó que los delitos en cuestión eran mayormente hurtos cometidos por niños de la comunidad roma de Rumania. El Municipio de Westminster se vio particularmente afectado por este aumento de la delincuencia.

Operación Golf

En abril de 2007, el Comandante Steve Allen de Westminster dirigió las actividades de un pequeño equipo liderado por el Superintendente Gravett y el Inspector en Jefe Carswell con el fin de examinar las causas subyacentes de este aumento en la delincuencia. Esta investigación se denominó 'Operación Golf'.

Un análisis básico reveló que muchos de los niños rumanos que fueron detenidos mientras cometían un delito o mendigaban en Londres, eran roma y provenían del pueblo de Tandarei. El Superintendente Gravett y el Inspector en Jefe Carswell establecieron contactos internacionales, gracias a los cuales descubrieron rápidamente que muchos de estos niños eran algunos de los niños identificados por la Policía Rumana, que habían sido trasladados fuera de Rumania por la banda criminal. Estos niños eran la razón por la cual habían aumentado significativamente el hurto y el robo en Londres.

Las investigaciones demostraron que 200 de las 1.107 víctimas identificadas por la RNP habían cometido actos delictivos en Londres en el verano de 2007 y que también tenían condenas penales en otras 32 áreas cubiertas por las Fuerzas Policiales del Reino Unido. Tradicionalmente, los delincuentes menores de edad en el Reino Unido operaban a nivel local; y definitivamente no solían atravesar todo el ancho y largo del país. Estaba claro que había adultos controlando el accionar de estos niños. La investigación demostró que se trataba de la misma banda criminal que había sido identificada por la Policía Rumana como responsable de trasladar a los niños fuera de Rumania.

La primera operación de la MPS para combatir a esta banda criminal se denominó 'Operación Caddy'. Esta se focalizó en el área de Slough. Todos los días viajaban en tren al centro de Londres hasta 50 romas de Rumania, en su mayoría mujeres y niños. Allí se separaban y transitaban las calles de Londres cometiendo delitos.

El 28 de enero de 2008, el equipo de la MPS ejecutó órdenes de allanamiento en 16 domicilios de Slough. Esto derivó en el arresto de 34 personas por una variedad de delitos, entre ellos, trata de niños, maltrato de

¹ Informes de 2007 del Registro de Nacionalidades de la MPS.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

niños, lavado de dinero, robo y fraude a las agencias de servicios sociales. Se recuperaron más de 200 bienes robados.

Lo más importante fue que dentro de las 16 pequeñas casas en hilera de 3 habitaciones la policía encontró a 211 personas. La mitad de estas personas eran menores de edad. Se recuperaron 10 niños luego de establecer que sus padres no estaban presentes.

Algunas casas estaban ocupadas por 3 familias con niños que dormían en el piso sobre sábanas e incluso había un niño que tenía su cama en el baño. La operación se realizó con el apoyo total del Ayuntamiento del Municipio de Slough y la Policía de Thames Valley. Nos impactó encontrar 60 niños menores de 10 años que no habían sido registrados por los servicios sociales locales. Sólo 3 de estos niños asistían a la escuela y eran los hijos del líder local de la banda. Ninguna de las niñas estaba recibiendo educación.

Análisis de la Operación Caddy

16 domicilios	211 personas encontradas
103 adultos	60% con antecedentes criminales
33 jóvenes	78% con antecedentes criminales
74 menores de 10 años	47% registrados por los servicios de inteligencia de la MPS por cometer delitos en Londres
Muchas menores embarazadas,	algunas de hasta 13 años de edad
Sólo 3 niños recibían educación	
60 menores no identificados por el Ayuntamiento del Municipio de Slough	
Reducción de 54% en delitos de carterismo en Westminster durante los siguientes 6 meses	

Los días siguientes a la operación, los padres de los 10 niños que fueron colocados bajo la protección de la policía vinieron a buscarlos al Reino Unido desde Rumania y España. Los padres dieron varias versiones acerca de cómo sus hijos habían terminado con estas familias que los explotaban. Nueve de los niños fueron entregados a sus padres con medidas de seguimiento de cuidado.

Una niña se animó a contar su historia.

María era una niña de 13 años de Tandarei. Tanto ella como su hermana fueron llevadas de Rumania al Reino Unido por esta banda criminal. María fue entregada a una familia de Slough que la explotaba. Todavía se desconoce el paradero de su hermana.

María relató su experiencia como víctima de trata y explotación. Los datos fueron corroborados por la investigación policial. Se comprobó que lo que había contado su padre era mentira. El equipo de investigación identificó rápidamente a los responsables de la trata y explotación de María y durante los siguientes 4 días se arrestó a 5 adultos que fueron acusados de la trata y explotación de esta niña.

En septiembre de 2008, 4 adultos, incluido el propio padre de María, fueron condenados por el delito de trata y maltrato de la niña. Estas fueron las primeras condenas efectivas en el Reino Unido por trata de niños para explotación no sexual.

La historia de María

- Su padre le pagó 200 euros a la banda para que ingresara a María ilícitamente al Reino Unido.
- Fue llevada en avión a Stansted por Busioc Vasile; los vuelos fueron pagados con una tarjeta de crédito falsa de Estados Unidos.
- Fue entregada a una familia perteneciente a la red de delincuencia organizada en Slough y era controlada y explotada por Claudia Stoica y Marin Vasile.
- Le dijeron que debía llamarlos "tío" y "tía".
- Se convirtió en la esclava de la casa y fue sometida a servidumbre doméstica y trabajo forzado.
- Todos los días era llevada a Surrey y la dejaban allí 12 horas para mendigar, vender ilegalmente la revista 'Big Issue' y robar.
- Ella no se quedaba con nada, era golpeada y revisada luego de cumplir sus horas.
- Su padre utilizaba la identidad de María para explotar niños en Valencia, España.
- 4 personas fueron condenadas por haberla ingresado ilícitamente al Reino Unido y luego haberla explotado dentro del Reino Unido para su propio beneficio.
- Fueron condenados a un total de 24 años de prisión por trata, maltrato y perjurio.
- Se reconoció la necesidad urgente de crear un equipo conjunto de investigación (JIT) con Rumania.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La investigación puso de manifiesto la complicidad de los padres en la trata de sus propios hijos. La esclavitud por endeudamiento es sólo una de las razones del control que ejerce la banda sobre las familias, pero también entra en juego la codicia.

Además del proceso penal, hubo un proceso judicial paralelo para definir qué país tenía la responsabilidad de procurar el bienestar de María. El caso llegó a segunda instancia (*High Court*) y en la sentencia se decidió que los tribunales del Reino Unido debían basarse en la disposición del Reglamento de Bruselas II que dice que los niños víctimas de trata deben ser devueltos a su país de origen para que las autoridades se ocupen de su bienestar. Posteriormente, María fue repatriada a Rumania y pasó a estar bajo el cuidado de los Servicios Sociales de Rumania. Más adelante, fue regresada a su madre. Hoy en día tiene 14 años y está embarazada, aunque luego de esto no volvió a ser víctima de la trata.

Reglamento de Bruselas II – Competencia en materia de responsabilidad parental

El artículo 66 se aplica a los casos en que hay niños involucrados. Este artículo se refiere a los Estados miembro en los que se aplican dos o más ordenamientos jurídicos. Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado miembro "se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial". Esto significa que los tribunales competentes serán los de la unidad territorial en la que el niño reside habitualmente. Tal interpretación sería consistente con las disposiciones relativas al divorcio. En ese aspecto, el Reglamento de Bruselas II rige la distribución de casos dentro del Reino Unido, así como la distribución entre los Estados miembro de la Unión Europea.

Como víctima de la trata que sólo había estado en el Reino Unido unos pocos meses, el tribunal decidió que María tenía su 'residencia habitual' en Rumania y que Rumania tenía competencia sobre su bienestar. Esta decisión fue definitiva, a pesar de que la policía denunció que la niña correría riesgo de sufrir represalias, daños y más explotación.

El tribunal determinó que el Reino Unido debía atenerse al Reglamento de Bruselas II y que la seguridad y el bienestar de María estaban a cargo de Rumania.

Creación del equipo conjunto de investigación (JIT) - 1 de septiembre de 2008

La naturaleza internacional de la OCG y el hecho de que la explotación se estaba llevando a cabo en el Reino Unido pero las ganancias se utilizaban en Rumania demostraron la necesidad de una colaboración coordinada, focalizada y eficiente entre la MPS y las fuerzas de seguridad de Rumania. Se acordó que era necesario crear un equipo conjunto de investigación (JIT) para combatir a la banda criminal. Éste es el primer JIT de la UE creado para combatir la trata de personas. Además, somos la primera fuerza policial del Reino Unido que ha organizado y dirigido un JIT con otro Estado miembro de la UE².

Actualmente, el JIT se financia en un 70% mediante un subsidio concedido por la Comisión Europea. El Comando de Vigilancia Territorial de la MPS cubre el 30% restante.

¿Qué es un JIT?

El artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembro de la UE, del 29 de mayo de 2000, y/o la Decisión marco del Consejo sobre los equipos conjuntos de investigación (JIT), del 13 de junio de 2002, establecen la base legal para la organización y el funcionamiento de los JIT en los Estados miembro de la UE.

La Operación Golf es un equipo conjunto de investigación (JIT) entre la MPS y la Policía Nacional Rumana. La conformación total del JIT incluye a la Operación Golf, la MPS, la Policía Nacional Rumana, D.I.I.C.O.T. (oficina del fiscal de Rumania), el Centro contra la Trata de Personas del Reino Unido (UKHTC), la fiscalía de la Corona, Europol y Eurojust.

El objetivo estratégico del JIT consiste en alcanzar satisfactoriamente las siguientes metas:

- Investigar y procesar a los miembros de las redes de delincuencia organizada tanto en el Reino Unido como en Rumania
- Descomponer sus actividades
- Identificar, retener y confiscar los productos de la actividad delictiva
- Reducir la delincuencia
- Reducir al mínimo posible la explotación de las víctimas
- Mejorar los mecanismos de identificación de víctimas y la respuesta a la trata de niños por parte de la policía y los demás colaboradores del equipo.

² El único antecedente de creación de un JIT en el Reino Unido fue entre el Servicio de Investigación Criminal Nacional (NCIS) y la policía de Holanda en 2006, duró sólo 3 meses y se dedicó a combatir el narcotráfico.

Apoyo a la investigación rumana

Una de las mayores ventajas de conformar un JIT es la capacidad de intercambiar evidencia y realizar pedidos vinculados con la investigación sin necesidad de presentar un exhorto judicial (*Commission Rogatoire*).

El equipo británico de la Operación Golf le ha proporcionado al equipo rumano un extenso legajo de pruebas suficientes para demostrar la explotación de los niños y las familias en el Reino Unido. Este legajo incluye, en formato probatorio, toda la historia delictiva y las circunstancias circundantes de todos los niños identificados como criminalmente activos en el Reino Unido.

Operación Longship - una prueba del funcionamiento del JIT

Un problema importante para Rumania es que los niños rumanos explotados se encuentran en otras jurisdicciones. Gracias al JIT, pudimos resolver este problema trayendo al equipo de investigación de Rumania al Reino Unido para la Operación Longship. El equipo del Reino Unido identificó y recuperó a 27 niños y los puso en contacto con el equipo de investigación rumano para que éste realice una 'audiencia de testigos' según las leyes rumanas en suelo británico. Uno de los desafíos que tuvo que sortear el equipo fue que, según las leyes de Rumania, los testigos menores de edad deben estar representados por un abogado rumano. Para resolverlo, el equipo incluyó a 4 abogados rumanos independientes que se encargaron de supervisar el proceso y garantizar que se respeten los derechos de los niños. Ésta fue la primera acción de este tipo realizada por un JIT.

Este importante trabajo tuvo como resultado directo la orden de las autoridades rumanas de arrestar y procesar a 18 nacionales rumanos, todos parte de la banda criminal, por trata de niños en el Reino Unido.

La primera fase de la operación de arresto impulsada por Rumania se llevó a cabo el 8 de abril de 2010. Se ejecutaron órdenes de arresto en 34 domicilios de Tandarei, y 18 personas fueron arrestadas por trata de niños, lavado de dinero y participación en una banda criminal. La operación rumana se realizó con el apoyo de 26 miembros de la Policía Metropolitana, que se desempeñaron en tareas de mando y control, análisis inmediato de inteligencia y colaboración en 11 equipos de investigación que acompañaron a los oficiales de la Policía Nacional Rumana en los allanamientos.

Además de los arrestos, las autoridades rumanas incautaron cuatro rifles AK47, 12 rifles de caza, 12 escopetas, incluyendo armas de grado militar, y 6 revólveres. También se confiscaron 25.000 euros, 25.000 libras esterlinas y 40.000 lei rumanos, 13 automóviles de lujo, 6 casas y una importante cantidad de pruebas que vinculaban a la banda con el Reino Unido y con otros países de la UE.

La investigación continuará en 2010 y es posible que se realicen más arrestos en el Reino Unido y en Rumania.

La Operación Golf, con el apoyo de las unidades especializadas de la Policía Metropolitana, está realizando el proceso de identificación, recuperación y protección de las 272 víctimas de trata que fueron explotadas por la banda en el Reino Unido.

Logros estratégicos

- Principalmente, la creación de una Oficina Central encargada de la interacción entre las agencias que trabajan contra la trata de niños.
- La notificación a la Junta de Seguridad de los Niños de Londres (*London Child Safety Board*) y las contribuciones escritas a su manual para la identificación de niños víctimas de trata (*Toolkit for identifying trafficked children*).
- La primera condena por trata de niños en el Reino Unido.
- La segunda condena por 'trata interna' en el Reino Unido.
- La notificación al UKHTC y la SOCA sobre la delincuencia organizada de la comunidad roma.
- La notificación a NPIA y la contribución para la publicación de la versión revisada del Manual de Maltrato de Niños (*Child Abuse Manual*) de ACPO y la versión revisada de la Guía para Investigaciones Internacionales (*Guidance for International Investigations*).
- Actualmente, la Operación Golf es utilizada como caso de estudio por el Grupo de trabajo sobre trata de niños de ACPO.
- El Superintendente Gravett y el Inspector en Jefe Carswell fueron reconocidos por la SOCA, Europol y la UE como los únicos expertos policiales en JIT del Reino Unido y fueron convocados para capacitar al personal de la SOCA, Europol y la UNODC.

Durante el curso de la investigación, la Operación Golf, hasta la fecha, ha encabezado más de 20 operaciones independientes contra la banda criminal y ha efectuado más de 100 arrestos vinculados.

Para más información, por favor escriba a:



Los “niños no acompañados” (también llamados menores no acompañados) son niños que han sido separados de sus padres y demás familiares y que no están recibiendo cuidados de un adulto que debería, ya sea por ley o por costumbre, hacerse cargo de cuidarlos¹.

En la legislación internacional, se considera niño a toda persona menor de dieciocho años² y no se hace distinción entre los mayores o menores de 12, 14 o 16 años, como sucede en algunas jurisdicciones.

En la legislación local, estos niños tendrán derecho a recibir alojamiento en virtud del artículo 20 de la Ley de Niños de 1989³, dado que en el Reino Unido no habrá ninguna persona que tenga patria potestad sobre ellos.

La decisión de abandonar el país de origen

Las razones por las cuales estos niños llegan al Reino Unido pueden ser muy variadas. Es posible que estén escapando de guerras y conflictos armados, pobreza o catástrofes naturales, discriminación o persecución. En otros casos es posible que hayan sido enviados por su familia en el afán de que encuentren una mejor vida o puedan acceder a mejores oportunidades de estudiar u obtener un empleo o incluso que puedan recibir beneficios sociales y un nivel más alto de beneficios de salud. Algunos vienen al Reino Unido para reunirse con miembros más adultos de su familia y aun en más casos es posible que sean víctimas de la trata de niños⁴.

También es posible que los niños no sepan exactamente por qué razones tuvieron que

abandonar su país de origen. Un informe reciente⁵ de ACNUR determinó que “es muy probable que la percepción de un niño sobre cuál fue la razón por la que tuvo que abandonar su país no coincida necesariamente con la razón que hizo que sus padres tomen esa decisión”. Este informe, que analiza la migración de niños afganos a Europa, destaca que “como en todos los movimientos migratorios, la decisión de un niño afgano de partir hacia Europa se basa en dos elementos fundamentales: el contexto y un disparador”. También afirma que “el contexto general en Afganistán es ampliamente conocido: pobreza generalizada, crisis económica, inestabilidad política, inseguridad física, perspectivas educativas por debajo de la media y expectativas de un futuro mejor en franca disminución”. En términos generales, éste es el contexto que se presenta en la mayoría de los países que son abandonados por menores sin la compañía de un adulto. No obstante, es importante señalar, como lo hizo ACNUR, que en general también hay un “disparador” que empuja al menor a abandonar el país. Algunos de los ejemplos utilizados en el estudio de niños afganos son el miedo de un padre a que su hijo sea reclutado forzosamente por los talibanes o el caso de un niño que es abandonado con otros familiares en un país extranjero. Estos disparadores son los que hacen que estos niños no acompañados tengan derecho a recibir protección internacional.

Las cifras

No hay estadísticas sobre el total de menores no acompañados que llegan al Reino Unido, así como no hay registros fidedignos sobre la cantidad de niños que ingresan por trata o en forma clandestina sin solicitar permiso para permanecer en el Reino Unido. Los niños que han sido identificados son aquellos que solicitaron asilo al llegar al país o que luego de su llegada fueron rescatados de una variedad de situaciones de explotación⁶.

En 2010, 1.595 niños no acompañados solicitaron asilo en el Reino Unido⁷. Este número fue más bajo que el de los años anteriores. Por ejemplo, en 2008, hubo 4.285 solicitudes y, en 2009, 3.175. También hubo otros individuos que solicitaron asilo pero que no fueron incluidos en las estadísticas porque se desconocía su edad.

¹ Observación general Nº 6 a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 1.

² Observación general Nº 6, párrafo 9.

³ Proporcionar alojamiento a un niño en virtud del artículo 20 no le confiere patria potestad sobre el niño al departamento de servicios sociales que facilita dicho alojamiento.

⁴ Consultar la Introducción del Plan de Acción para Menores No Acompañados (2010 – 2014) Comunicado de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo SEC(2010)534.

⁵ *Trees only move in the wind : A study of unaccompanied Afghan children in Europe* (Un estudio sobre niños afganos no acompañados en Europa), por Christine Mougne, ACNUR, junio de 2010.

⁶ Algunas de las situaciones de explotación identificadas son la esclavitud doméstica, la utilización para fraude, el trabajo forzado en granjas de cannabis, la utilización para otras actividades delictivas o la explotación sexual.

⁷ Investigación de la oficina central de la Dirección de Desarrollo y Estadísticas.

Por ejemplo, en 2009 hubo 1.300 solicitudes. Los resultados de una investigación⁸ indican que alrededor de la mitad de los individuos que presentaron dichas solicitudes eran menores que fueron registrados erróneamente como individuos de edad incierta. Por lo tanto, sabemos que las estadísticas disponibles están calculadas en base a números más bajos que los reales.

La gran mayoría de los niños no acompañados que solicitan asilo son varones. Por ejemplo, en 2009, sólo 360 de los 3.175 menores que solicitaron asilo eran niñas, y en 2010, sólo 290 de los 1.595 menores que solicitaron asilo eran niñas. Este porcentaje es menor que el del período 2003-2004, cuando el 33% de las solicitudes de asilo fueron presentadas por niñas⁹. Cuando se analizaron en mayor profundidad las estadísticas de esos años, se concluyó que estas niñas en su mayoría estaban escapando de África y se sugirió que podían ser víctimas de trata. Una razón por la cual el porcentaje de niños varones fue mucho mayor que el de niñas en los últimos años fue la gran cantidad de menores que escaparon de Afganistán y el hecho de que estos menores eran casi en su totalidad niños, no niñas. Al mismo tiempo, el *modus operandi* de las bandas criminales culpables de la trata de niños ha cambiado y, al parecer, cada vez menos niñas reciben instrucciones de pedir asilo al llegar al país.

La situación en Europa

También han llegado importantes cantidades de menores no acompañados a otros países de la Unión Europea. Por ejemplo, en 2008, hubo 11.292 solicitudes de asilo de niños no acompañados en los 22¹⁰ Estados miembro encuestados por la Red de Migración Europea¹¹. Esto representa un aumento de 40,6% en comparación con la cantidad de solicitudes presentadas en dichos Estados en 2007, que fueron 8.030 en total.

En respuesta a este aumento, el Consejo Europeo aprobó el Programa de Estocolmo¹² entre el 10 y el 11 de diciembre de 2009¹³ y le dio

la bienvenida a la propuesta de desarrollar un Plan de Acción para Menores No Acompañados, el cual impulsaría actividades de prevención, protección y retorno asistido. El Programa de Estocolmo le solicitó expresamente a la Comisión Europea que “evalúe medidas prácticas para facilitar el retorno de la gran cantidad de menores no acompañados que no necesitan protección internacional”. No obstante, el Plan de Acción para Menores No Acompañados señaló que “la solución no puede ser únicamente facilitar el retorno de los menores a su país de origen –ésta es sólo una de las opciones–, porque el tema es mucho más complejo y multidimensional y la libertad de acción de los Estados miembro se encuentra claramente limitada cuando se trata de lidiar con los menores no acompañados”.

El Plan de Acción también afirmó que el enfoque correcto para proteger a los menores no acompañados es respetar los derechos contenidos en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁴. En ambas convenciones se establece que en todos los actos relativos a los niños, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

El rol de la familia

Tanto en su Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵ como en su Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶, la Organización de las Naciones Unidas reconoció que los niños tienen derecho a recibir cuidados y asistencia especiales. No obstante, se asumió que la familia es la unidad natural y fundamental de toda sociedad y que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado¹⁷.

Esta disposición resulta útil en los casos en que un niño ha sido separado de sus padres a causa de guerra, desastre natural o disturbio civil. Cuando un niño no acompañado llega a un país extranjero el Estado sólo debe ofrecer al niño protección temporaria hasta que éste pueda ser reunido con su familia. Por lo tanto, es obligatorio ofrecerle refugio al niño y cubrir sus necesidades básicas de alimentación, atención de salud y educación hasta que se pueda rastrear a sus familiares y reunir al niño con éstos.

Sin embargo, incluso en estos casos el rastreo de la familia está muy mal organizado y pocas veces se logra encontrar a los familiares¹⁸.

⁸ *Seeking Asylum Alone: Unaccompanied and Separated Children and Refugee Protection in the U.K.* (Niños no acompañados y separados y protección de refugiados en el Reino Unido), Bhabha J & Finch N, Comité de Estudios sobre Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, noviembre de 2006, página 56.

⁹ *Seeking Asylum Alone: Unaccompanied and Separated Children and Refugee Protection in the U.K.* (Niños no acompañados y separados y protección de refugiados en el Reino Unido), Bhabha J & Finch N, Comité de Estudios sobre Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, noviembre de 2006, páginas 23 a 25.

¹⁰ Todos los Estados, excluyendo a Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Luxemburgo y Rumanía.

¹¹ Una red desarrollada y coordinada por la Comisión Europea.

¹² Adoptado dentro del área de Justicia y Asuntos de Interior.

¹³ 17024/09, pág. 68.

¹⁴ 2000/C 364/01.

¹⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948; artículo 25(2).

¹⁶ Adoptada por la Asamblea General por resolución 44/25 del 25 de noviembre de 1989; Preámbulo.

¹⁷ Artículo 16(3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁸ Plan de Acción para Menores No Acompañados (2010 – 2014), Comisión Europea, párrafo 4.2.

Incluso si se logra encontrar a los familiares, la reunificación con ellos no será necesariamente favorable al interés superior del niño. El artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño impone a los Estados parte de la Convención el deber de tomar las medidas necesarias para asegurarse de que el niño no sea separado de los padres contra su voluntad. No obstante, el mismo artículo 9.1 reconoce a su vez que reunir al niño con sus padres cuando éstos lo han maltratado o descuidado no sería favorable al interés superior del niño.

Para decidir cuál es el interés superior del niño también se deben tener en cuenta los diferentes conceptos de infancia que pueden prevalecer en los países de origen. No existe un modelo universal de familia establecido en parte para proteger al niño y a su vez proteger a los niños de las responsabilidades y los riesgos de la adultez hasta que cumplan 18 años o hayan completado su educación y formación. En muchos países los niños son predominantemente considerados un activo económico para la familia. Por lo tanto, es posible que la familia “venda” al niño para esclavitud doméstica o matrimonio forzado con el fin de cubrir gastos familiares, tales como la educación de otros niños de la familia o el cuidado de los ancianos. También es posible que no se considere al niño un “titular de derechos”, sino que se lo someta a los intereses y las tradiciones de toda la familia.

Protección internacional

Por todo lo antedicho, es posible que en tales situaciones regresar con la familia no sea favorable al interés superior del niño. Para evitarlo, si un niño o una niña corren riesgo de ser sometidos a matrimonio forzado, mutilación genital femenina¹⁹ o entrega a las redes de trata²⁰ se podría alegar que el niño o niña es miembro de un grupo social en particular y, por lo tanto, tiene derecho a recibir protección en virtud de la Convención de Refugiados.

El párrafo 81 de la Observación general N° 6 del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño acerca del *Trato de los menores no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen* va más lejos y establece que la consideración del interés superior del niño también puede implicar un obstáculo para la reunificación del niño con su familia. Luego, en el párrafo 82, explica que no se debe tratar de reunir al menor con su familia cuando existe un “riesgo razonable” de que el retorno resulte en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño y reitera que la supervivencia del niño es una consideración

primordial y una precondición para que el niño pueda gozar de todos sus derechos.

Actualmente, en el Reino Unido, se tiene una visión similar. La política de la Agencia de Aduana del Reino Unido es no enviar a los niños no acompañados fuera del país a menos que la Secretaría de Estado del Departamento del Interior considere que el país al cual se enviará al niño se ha encargado de las diligencias necesarias para recibir al menor en forma segura y adecuada²¹.

Retornos

No obstante, la expresión “diligencias necesarias para recibir al menor” no necesariamente se refiere al retorno al hogar familiar. La Agencia de Aduana del Reino Unido ha establecido que sólo se enviará a un niño fuera del Reino Unido cuando sea seguro hacerlo y se hayan efectuado las diligencias necesarias para recibir al menor en los casos en que se haya tomado la decisión de denegar su solicitud de protección internacional y se hayan agotado todas las instancias de apelación existentes²².

Con miras al cumplimiento de esta política, el Reino Unido emitió un documento de licitación²³ en marzo de 2010 llamando a presentar ofertas para brindar asistencia en la reintegración a Kabul de un máximo de 12 niños afganos de 16 y 17 años por mes. Todavía no se conocen los resultados de esta licitación.

El interés superior del niño

Al mismo tiempo, el Reino Unido es Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. En el reciente caso de *ZH (Tanzania) vs. Secretaría de Estado del Departamento del Interior* [2011] UKSC 4²⁴, Lady Hale, jueza de la Corte Suprema, señaló que el artículo 3 de dicha Convención impone obligaciones de derecho internacional sobre los Estados parte. Luego, la Corte Suprema se pronunció acerca del significado de la expresión “consideración primordial”, concluyendo que ésta debe interpretarse como la imposición del deber de poner en primer lugar el interés superior del niño.

²¹ Procesamiento de una solicitud de asilo de un niño, Agencia de Aduana del Reino Unido, párrafo 17.7.

²² Mejores resultados: La forma de avanzar: Cómo mejorar el cuidado de niños no acompañados que buscan asilo; Agencia de Aduana e Inmigración, enero de 2008.

²³ <http://webarchive.nationarchives.gov.uk/20100503160445/http://ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/ddocuments/aboutus/reports/unhcrreports>

²⁴ Párrafo 23.

¹⁹ Fornah vs. Secretaría de Estado del Departamento del Interior [2006] UKHL 46.

²⁰ SB (PSG – Normas de protección – Norma 6) Moldova vs. Secretaría de Estado del Departamento del Interior [2008] UKAIT 00002.

Por lo tanto, antes de tomar la decisión de enviar a un niño fuera del país, en primer lugar se tendrán que contemplar las necesidades y los intereses particulares del niño. La metodología para hacer esto todavía no se ha perfeccionado del todo. Algunas de las dificultades son aquellas inherentes al rastreo de los familiares, mencionadas anteriormente, y la falta de evidencia objetiva en cuanto a los servicios y el trato brindado a los niños en muchos países de origen.

Artículo 55 de la Ley de fronteras, ciudadanía e inmigración de 2009

El artículo 55 de la Ley de fronteras, ciudadanía e inmigración²⁵ impone a la Secretaría de Estado del Departamento del Interior el deber de realizar las diligencias necesarias para asegurarse de que se cumplan las pautas de inmigración, nacionalidad y asilo teniendo en cuenta la necesidad de proteger y promover el bienestar de los niños²⁶ en el Reino Unido.

En el caso de ZH (Tanzania), Lady Hale también sostuvo que el artículo 55 plasmaba el espíritu del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, e incluso utilizaba palabras similares a las de este. Por lo tanto, este artículo respalda la decisión de enviar a un niño fuera del país aunque las consecuencias de ese hecho puedan afectar al niño en su país de origen. Esto ya se había dejado claro en el caso de R (TS) vs. Secretaría de Estado del Departamento del Interior y Anor [2010] EWHC 2614 (Admin), en el que se había aplicado esta norma ordenando el retorno de un niño no acompañado a Bélgica, dado que ya había solicitado asilo en ese país.

La necesidad de un tutor legal

No obstante, el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 55 de la Ley sólo se han aplicado recientemente en casos de menores no acompañados, y en muchos de estos casos los resultados no han sido tan positivos²⁷. Por lo tanto, es muy importante que los niños no acompañados tengan acceso a abogados y asesores con experiencia y capacitación en inmigración. Esto se ha dificultado mucho con el reciente surgimiento de las restricciones sobre la representación legal pública, que han llevado al cierre de muchas firmas reconocidas y respetadas. En este contexto, es incluso más importante que los niños no acompañados cuenten con el asesoramiento de un adulto a lo largo de los complejos procesos de solicitud de

protección internacional, apelación y defensa contra órdenes de envío del niño a otro país en base a argumentos humanitarios.

A los menores no acompañados que se encuentran bajo tutela en el Reino Unido no se les designa un tutor particular. Esto contradice el párrafo 33 de la Observación general N° 6 (2005) del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, que dice que:

“Los Estados deben crear un marco jurídico de base y adoptar las medidas necesarias para que el interés superior del menor no acompañado o separado de su familia esté debidamente representado. Por lo tanto, tan pronto como se determine la condición de menor no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor que desempeñarán sus funciones hasta que el menor llegue a la mayoría de edad o abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado (...). Se consultará e informará al tutor de todas las medidas adoptadas en relación con el menor. El tutor estará autorizado a asistir a todos los procedimientos de planificación y adopción de decisiones, incluidas las comparecencias ante los servicios de inmigración y órganos de recurso, los encaminados a definir la atención del menor y buscar una solución duradera”.

Conclusión

La no designación de tutores para los menores no acompañados y el avance de la política de retorno de estos niños a su país de origen, que pueden contradecir el interés superior de estos niños, son lagunas dentro del sistema de protección de menores no acompañados que, fuera de esto, resulta sólido. Hasta la fecha, los sucesivos gobiernos les han proporcionado a estos niños alojamiento adecuado, apoyo, educación y atención de salud hasta los 18 años. Todavía falta que se aplique el mismo rigor a las decisiones de enviar a menores no acompañados fuera del Reino Unido mientras todavía son niños.

Nadine Finch es una abogada
Garden Court Chambers
57–60 Lincoln's Inn Fields
London WC2A 3LS

Estudio 5/7/y 11:53

Commenta [1]: Avril: please check the years

²⁵ Que entró en vigencia el 2 de noviembre de 2009.

²⁶ El artículo 11 de la Ley de niños de 2004 ya había impuesto un deber similar a otras autoridades que tratan con niños, pero en ese momento la oficina central se había resistido a quedar obligada por dicha disposición.

²⁷ *La Reina sobre la solicitud de T vs. Secretaría de Estado del Departamento del Interior* CO/1858/2010, que en este momento se encuentra en proceso de apelación.

Promoción de las iniciativas contra el trabajo infantil: para niños que trabajan o viven en las calles	Yoshie Noguchi
---	-----------------------

Resumen

- Los niños de la calle **son los que están más expuestos al trabajo infantil o son extremadamente vulnerables a él, en especial a sus peores formas**: pueden ser víctimas de la trata de niños, del trabajo forzado para mendigar, de la prostitución, del tráfico de drogas u otras actividades ilícitas, así como también de otros trabajos riesgosos en la calle.
- El marco legal internacional sobre trabajo infantil está establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Convenio 138 sobre la edad mínima (1973) y en el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999) de la OIT. Hasta la fecha, 173 Estados Miembros de la OIT han ratificado el Convenio 182, y 158 Estados son parte del Convenio 138.
- Los Estados han asumido el fuerte compromiso de **acelerar las medidas contra el trabajo infantil**, otorgando urgente prioridad a sus peores modalidades, incluyendo la confirmación del objetivo de **eliminar las peores formas de trabajo infantil (WFCL) para el año 2016**. Para lograr este objetivo es necesario abordar las situaciones que enfrentan los niños que viven o trabajan en la calle.
- Los niños afectados por las peores formas de trabajo infantil necesitan **atención y medidas específicas** destinadas a la prevención o al rescate. Debido a su situación de calle, **suelen quedar atrapados en las grietas** de la cobertura de las acciones de protección social. Pueden incluso ser **difíciles de identificar** y localizar.
- La Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de su Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), busca promover **medidas sustentables para abordar de raíz las causas del trabajo infantil**, especialmente de sus peores formas, a través de las siguientes respuestas y estrategias:
 - Desarrollar planes nacionales de acción
 - Actualizar y aplicar la legislación
 - Fortalecer a los actores clave en materia de planificación e implementación de políticas
 - Prevenir, rescatar y rehabilitar niños que se encontraban en situación de trabajo infantil.
- Cada una de estas respuestas exige que se preste **especial atención a la situación de los niños que viven o trabajan en la calle**.

**Introducción**

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU eligió para la sesión anual sobre derechos del niño de este año, el tema "Enfoque holístico para la protección y promoción de los derechos de los niños que trabajan o viven en la calle". La sesión se llevó a cabo en el *Palais des Nations*, en Ginebra, el 9 de marzo de 2011. El presente artículo está basado en la significativa contribución de la Organización Internacional del Trabajo en esta ocasión, subrayando los aspectos relacionados con el trabajo infantil que afectan a los niños en situación de calle.

Este grupo de niños, llamado también "niños de la calle", parecen vivir en un mundo aislado de la familia. La realidad es que mientras algunos de ellos en efecto viven en la calle, otros tienen una familia a la que regresar después de trabajar o llevar a cabo otras actividades durante el día en la calle. En algunos casos la familia no sólo no protege al niño de situaciones de explotación en la calle, sino que a veces puede llegar a ser cómplice (por ej. mandar al niño a mendigar). Además, para aquellos niños que huyen de su casa, una causa raíz del problema frecuentemente consiste en tener una familia disfuncional. Como veremos, algunos niños de la calle participan en actividades ilícitas o delictivas y por eso son llevados ante la justicia de menores como perpetradores, más que como víctimas de explotación que necesitan ser rehabilitados. Además, los niños que trabajan o viven en la calle deberían suscitar el interés de los miembros de la AIMJF de diversas maneras.

Cuando decimos que los niños están “trabajando en la calle”, nuestra preocupación no debería estar limitada estrictamente a los niños que están involucrados en “**actividades económicas**” tales como vender pequeños objetos, lustrar zapatos o hacer trabajos de portería. Aunque ciertas tareas parecen ser relativamente inofensivas, es muy probable que interfieran con la educación, dejen al niño fuera de cualquier marco de protección y conlleven varios riesgos¹.

Además, estos niños frecuentemente se ven involucrados o son utilizados por adultos para diversas actividades en la calle, desde hurgar la basura, mendigar – que puede considerarse una tarea *ilícita* si no ilegal – hasta tráfico de drogas, hurtos u otros **actos delictivos**. Pueden ser ellos mismos víctimas de crímenes, tales como trata de niños o explotación sexual comercial. Todos éstos son problemas relacionados con el trabajo infantil y con sus peores modalidades. Por lo tanto, los niños de la calle son en general **extremadamente vulnerables al trabajo infantil y en especial a sus peores formas**.

Derechos del niño, trabajo infantil y sus peores formas – principios generales

Según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (**CRC**), todos los niños tienen **derecho a ser protegidos contra la explotación económica**. Incluso, el Convenio 138 sobre la edad mínima (1973) y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil (1999) de la OIT brindan en conjunto los parámetros para determinar la frontera legal entre trabajos aceptables llevados a cabo por niños y explotación económica o trabajo infantil, que se debería abolir. Estos instrumentos han sido ratificados – lo que significa un compromiso legal, la obligación de presentar informes y supervisión – por la gran mayoría de los Estados (de los 183 Estados miembros, se registran 173 ratificaciones del Convenio 182 y 158 ratificaciones del Convenio 138.). Para la ONU: “Cualquier trabajo llevado a cabo por un niño en condiciones más precarias de las que se establecen en la Convención de Naciones Unidas o las normas de la OIT, debe considerarse explotación económica”²

En suma, **¿qué es trabajo infantil y cuáles son sus peores modalidades?** El informe de la Secretaría General de la ONU, declara lo siguiente: “No todos los trabajos realizados por niños son considerados ‘trabajo infantil’ que debe ser objeto de erradicación. El trabajo infantil implica **trabajos para el cual el niño es demasiado pequeño** — trabajos realizados por niños que no cumplen con los requisitos de edad mínima — **o trabajos que**, a raíz de sus naturalezas y condiciones perjudiciales, **son considerados inaceptables para los niños** y están prohibidos”³. Por este motivo, se debe proteger a todos los niños y niñas menores de 18 años.

Bajo los auspicios de la OIT, recientemente se han renovado los compromisos de los Estados para **acelerar las medidas en contra del trabajo infantil**⁴, otorgando prioridad urgente a sus peores modalidades. Esto incluye el objetivo confirmado de **erradicar las peores formas de trabajo infantil (WFCL) para el año 2016**. La Conferencia Global sobre Trabajo Infantil en La Haya en mayo de 2010 adoptó la Hoja de Ruta destinada a lograr la erradicación de las peores formas de trabajo infantil para el año 2016. Esta iniciativa forma parte del Plan de Acción Global que adoptó el Órgano de Gobierno de la OIT en noviembre de 2010. Este ambicioso objetivo – vinculado también a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDGs), particularmente a reducir la pobreza y a poder asegurar educación para todos para el año 2015 – no podrá lograrse sin abordar las situaciones que enfrentan los niños que viven o trabajan en la calle.

³ *Ibid*, párrafo 13.

⁴ OIT: En el Informe Global de Trabajo Infantil de la OIT, *Acelerar las medidas en contra del trabajo infantil* – Informe I (B) del Director General de la Conferencia de Trabajo Internacional. Ginebra, 2010.

De acuerdo al informe de 2010, todavía hay 215 millones de trabajadores infantiles en todo el mundo (demasiado jóvenes para trabajar o realizar trabajos inaceptables) y 115 millones de ellos realizan trabajos particularmente peligrosos. El trabajo infantil continúa disminuyendo, pero más modestamente que antes (disminuyó 3% en el período 2004-2008 en comparación al período 2000-2004 en el que disminuyó un 10%). Mientras la tendencia es positiva para el grupo de niños más pequeños (5-14 años) que muestra una disminución del 10% en trabajo infantil y una disminución del 31% en trabajos peligrosos, existe una tendencia preocupante para el grupo de niños mayores (15-17 años) que muestra un aumento del 20% en trabajos peligrosos. En general, menos niñas realizan trabajo infantil. En cuanto a los sectores económicos, la agricultura cuenta con la mayor parte del trabajo infantil (60%) y lo sigue el sector servicios (26%) y la industria (7%). Se reveló que 2/3 de los niños, trabajan sin percibir pago alguno para ayudar a su familia, y sólo 1 de 5 trabaja bajo una relación de empleo.

Para acceder a este Informe Global y otra información, por favor visite www.ilo.org/pec

¹ El Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales) de 1932 (No.33) establece la imposición de una edad mayor que la edad mínima de trabajo en general para la admisión de personas jóvenes y adolescentes en “empleos relacionados a actividades comerciales con objetivos itinerantes en la calle o en lugares de acceso público” entre otros (Artículo 6 – *énfasis agregado*).

² Informe de la Secretaría General de la Asamblea General, *Situación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, A/64/127* (27 de julio de 2009), párrafo 9.

Trabajo infantil y sus peores formas en la calle

El trabajo en la calle, no es, por sí mismo, clasificado como trabajo infantil bajo las normas internacionales, ni siquiera en sus peores formas. Sin embargo, **las peores modalidades de trabajo infantil** cubiertas por el Convenio 182 de la OIT (1999) incluyen muchas de las **situaciones que enfrentan los niños en la calle**: ser víctima de la trata de niños u otras formas de trabajo forzado, como ser obligados a mendigar, a prostituirse, al tráfico de drogas u a otras actividades ilícitas, así como también a trabajar en la calle, lo que probablemente afecte su salud, seguridad y moral. A continuación detallamos algunos ejemplos concretos de la categoría 'peores formas de trabajo infantil'.

(1) Trabajo forzado, incluyendo la mendicidad y la trata de niños

Respecto de la *mendicidad*, el problema aquí no es determinar si mendigar como tal debe ser penalizado o no. Es el acto de 'usar' niños o 'traficar' niños con el objetivo de obligarlos a mendigar lo que debe ser prohibido y penalizado, y los niños involucrados deben ser tratados como víctimas y no como delincuentes. Los organismos de supervisión⁵ de la OIT también han considerado el uso de niños para mendigar como trabajo infantil forzado u obligatorio cuando ocurre en el contexto de los llamados ejercicios⁶ tradicionales o así denominados 'religiosos'.

La explotación infantil efecto del tráfico de niños no está limitada al trabajo de mendigar. Las formas de explotación varían considerablemente. Algunos niños víctimas de trata logran escapar de la explotación, por ej. como trabajadores domésticos o sexuales y terminan en la calle. Al mismo tiempo, los niños que viven en la calle son extremadamente vulnerables a la trata de niños.

(2) Explotación sexual

El estudio de ONU sobre la violencia contra los niños, destaca que "las niñas y niños que viven en la calle son vulnerables al abuso sexual" y "también corren el riesgo de ser reclutados por proxenetas y traficantes para la explotación sexual y económica". Aún cuando deben acudir al 'sexo para sobrevivir' (sexo a cambio de comida o refugio), entran en la categoría de prostitución infantil bajo el Protocolo Facultativo de la CRC⁷, y por lo tanto, como una de modalidades incluidas en las peores formas de trabajo infantil, requiere que se tomen medidas inmediatas y efectivas para rescatarlos.

⁵ La Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR). Consultar www.ilo.org/normes para más información.

⁶ Por ejemplo, la práctica del "talibé" en Senegal ha sido comentada por la CEACR, y también fue sujeto de un estudio del proyecto UCW (Ver a continuación, proyecto interagencia UCW – Entendiendo el Trabajo Infantil).

⁷ Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil, Artículo 2(b).

(3) La utilización de niños en actividades ilícitas

La utilización de niños en actividades ilícitas, que incluyen pero no se limitan al tráfico de drogas, está explícitamente encuadrada entre las peores formas de trabajo infantil bajo el Convenio 182. Es una categoría relativamente nueva del trabajo infantil. El uso de niños en actividades delictivas no es sólo un asunto de justicia penal o de menores y debe abordarse desde distintas perspectivas para llegar a las causas de raíz del problema. Estos asuntos no pueden ser resueltos solamente reforzando el castigo a los delincuentes que utilizan niños en actividades ilícitas, y menos aún castigando solamente a los niños por el acto⁸.

(4) Trabajos riesgosos

Las normas internacionales disponen que la legislación nacional enumere los trabajos riesgosos ("trabajos que pueden poner en peligro o perjudicar la salud, la seguridad y la moral del niño"). Algunos Estados han incluido ciertas actividades que se realizan en la calle, como la venta ambulante o la mendicidad, en las listas de trabajos riesgosos prohibidos para niños menores de 18 años. Es importante que los actores nacionales involucrados en la realización de la lista de trabajos riesgosos (gobierno, empleadores y trabajadores) tengan en cuenta las actividades que llevan a cabo los niños en las calles. Deben considerarse no sólo la naturaleza de los trabajos, sino también las circunstancias en las que se inscriben: por ejemplo, vender flores con los padres en los mercados callejeros los fines de semana es muy diferente de salir solo a vender flores a la noche en las calles alrededor de clubes y restaurantes.

A pesar de que existe una prohibición legal, para hacerla cumplir se requerirían medidas especiales diferentes de las prácticas habituales de inspección laboral, ya que como regla general los niños de la calle no tienen una relación de empleo formal con aquellos que los utilizan.

Desafíos y lecciones aprendidas

Los niños que trabajan o viven en la calle necesitan **atención y medidas específicas** destinadas a la prevención o al rescate. Debido a su situación de calle, **suelen quedar atrapados en las grietas** de la cobertura de las acciones de protección social. Por ejemplo, no se beneficiarían de medidas para complementar los ingresos del hogar o para fomentar la escolaridad. Si son menores migrantes o pertenecen a una minoría discriminada, y especialmente si carecen de una condición legal, se agrega una dificultad. Puede resultar **difícil identificar a estos niños** y localizarlos aunque el Convenio 182 insta a los Estados a tomar medidas inmediatas y efectivas

⁸ Noguchi, Y.: "The Use of Children in Illicit Activities as a Worst Form of Child Labour: A Comment on Article 3(c) of ILO Convention 182", en *Child Labour in a Globalized World*, ed. Nesi et al, Ashgate, 2008.

contra las peores formas de trabajo infantil, incluyendo a los niños en situación de riesgos especiales.

Recolección de datos e información

Las estadísticas de trabajo infantil han progresado enormemente desde la década de 1990. El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT cuenta con un componente estadístico llamado SIMPOC⁹ (Programa de Información Estadística y Monitoreo en Materia de trabajo infantil). También colabora con UNICEF y el Banco Mundial a través del proyecto interagencia "Entendiendo el Trabajo Infantil (UCW)".

Según las Estimaciones Globales de la OIT¹⁰ en materia de trabajo infantil, los trabajos como vendedor ambulante, lustrador de zapatos y otros servicios en la calle se consideran "trabajos riesgosos". La recolección de datos sobre trabajo infantil en las calles reviste algunas dificultades específicas. Por ejemplo, las encuestas de hogares, uno de los principales métodos para recabar estadísticas sobre trabajo infantil, no son útiles para obtener información sobre los niños que viven en la calle. Asimismo, la ausencia de empleadores formales de los niños que trabajan en la calle hace que resulte difícil detectarlos o identificarlos aplicando las encuestas de fuerza de trabajo a nivel de las empresas.

Se necesitan mecanismos innovadores¹¹ para recabar información sobre los distintos tipos de trabajo infantil, y especialmente de sus peores modalidades, que generalmente están vinculados a actos de naturaleza delictiva y que involucran a niños que viven o trabajan en la calle especialmente. La metodología de evaluación rápida, desarrollada conjuntamente por la OIT y UNICEF, es una herramienta importante para obtener información cualitativa sobre la situación de algunos niños (por ej. de las peores formas de trabajo infantil) y sus antecedentes, pero no ofrece información cuantitativa que pueda extrapolarse para estimar la magnitud del problema. También son importantes las consideraciones éticas para llevar a cabo las encuestas, especialmente para garantizar la seguridad de los niños que son explotados por el crimen organizado.

Medidas para enfrentar el trabajo infantil

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de su **Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)**¹², busca promover **medidas sustentables para abordar las causas de raíz del trabajo infantil**, especialmente sus peores modalidades, a través de las siguientes respuestas y estrategias:

- Desarrollar planes nacionales de acción
- Actualizar y hacer cumplir la legislación
- Reforzar la capacidad de los actores clave en materia de planificación e implementación de políticas
- Prevenir, rescatar y rehabilitar a niños que se encontraban en situación de trabajo infantil, incluyendo asistencia directa a los niños afectados.

Cada una de estas respuestas necesita que se preste **especial atención** a la situación de los niños que viven o trabajan en la calle. La experiencia del Programa IPEC de la OIT sobre los niños de la calle incluye programas en diversos países¹³. Para mencionar sólo un ejemplo, en 1999 se puso en práctica un proyecto del IPEC en San Petersburgo, Rusia¹⁴ con el objetivo de brindar apoyo directo a los niños que trabajaban en la calle para mejorar su calidad de vida y condiciones de trabajo en el corto plazo, y rescatarlos de la calle y brindarles alternativas a largo plazo¹⁵. El proyecto tuvo en cuenta la experiencia que se obtuvo en el Centro para niños que trabajan en las calles de Ankara, Turquía¹⁶.

También existen varios proyectos temáticos o geográficos contra el trabajo infantil que abordan la problemática de los niños de la calle, aunque no necesariamente como un grupo objetivo exclusivo o como una problemática independiente. Se han utilizado varias metodologías: tales como, programas de prevención con incentivos de dinero sujetos a contraprestaciones; apoyo directo, ayuda material, servicios psicológicos y capacitación para el trabajo, educación y orientación

¹² Visite www.ilo.org/ipecc para más información.

¹³ Por ejemplo, Indonesia (Jakarta), Kenia (Nairobi y Kisumu), Níger (Dosso y Kirkissoye), Federación Rusa (Regiones de San Petersburgo y Leningrado), Turquía (Ankara, Diyarbakir) y Yemen (Sanaa).

¹⁴ OIT/IPEC: Trabajo infantil en las calles de San Petersburgo – de la explotación a la educación 2000 – 2004 (primera fase). Disponible en la OIT/IPEC.

¹⁵ A principios de 2004 se habían retirado 2.503 niños del trabajo en la calle y se había brindado protección a 1.666 niños de la posible explotación. Se estimaba que había entre 10.000 y 16.000 niños en las calles de San Petersburgo, la segunda ciudad de Rusia. El proyecto se centró en las peores formas de trabajo infantil.

¹⁶ El centro fue creado por la Municipalidad de Gran Ankara con el apoyo de IPEC con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo de los niños a corto plazo y prevenir el trabajo infantil a largo plazo. Aunque el aporte financiero de IPEC concluyó en 1997, la Municipalidad continuó con la actividad y procuró mejorar los métodos empleados.

⁹ Página de Internet de SIMPOC:

<http://www.ilo.org/ipecc/ChildlabourstatisticsSIMPOC/lang-en/index.htm>

¹⁰ IPEC, Diallo et al.: *Global child labour developments: Measures trends from 2004 to 2008*. Geneva, ILO, 2010, tabla 13. También se puede acceder a este documento a través de www.ilo.org/ipecc

¹¹ Por ejemplo, entrevistas estructuradas y semiestructuradas y grupos de discusión y método de "captura-recaptura", que fue utilizado, *inter alia* en la estimación de 2002 de lo que se denominó peores formas "incondicionales" de trabajo infantil y también en la encuesta del proyecto UCW sobre la mendicidad en Dakar.

vocacional para niños rescatados o con fines preventivos, capacitación de funcionarios relevantes (por ej. policías y organismos municipales) en la prevención y rehabilitación del trabajo infantil, campañas de concientización, creación de un marco permanente en la comunidad contra el trabajo infantil en las calles y eliminación de las zonas liberadas para trabajo infantil, creación y coordinación de mecanismos de control de las calles.

Algunos ejemplos interesantes surgidos del Programa IPEC son: obras de teleteatro para la concientización de las amenazas de la trata de personas en Camboya; escuelas móviles para establecer contacto con niños de la calle en Rumania; y el proyecto de actividades SCREAM¹⁷ en Paraguay que tiene como objetivo concientizar a los niños e incorporar la problemática de las peores formas de trabajo infantil en las instituciones educativas. Mientras se utilizan varios enfoques innovadores para ayudar a los niños de la calle, es importante también tomar medidas para abordar las causas de raíz del trabajo infantil y de sus peores modalidades, tales como las historias de familia disfuncional y de pobreza. Aplicar un enfoque holístico, proteger y promover los derechos del niño en su totalidad, resulta indispensable para lograr una solución duradera.

Comentarios finales

En las calles los niños están implicados o expuestos a muchas de las peores modalidades de trabajo infantil, aunque trabajar en la calle no está tipificado como una de las peores formas de trabajo infantil. Para alcanzar el objetivo internacional de eliminar las peores formas de trabajo infantil para el año 2016, es imperativo que se aceleren las medidas para proteger a los niños que trabajan en la calle. Esto no tiene que ver sólo con la prohibición del trabajo infantil por parte de la ley y los organismos de seguridad. Es necesario abordar las causas de raíz de los niños que viven o trabajan en la calle y ofrecer asistencia directa, incluyendo rehabilitación y alternativas para rescatar a los niños. Los niños que viven o trabajan en la calle corren un riesgo especial¹⁸ y debemos lograr identificar a los niños que están en riesgo y ayudarlos. En esta ardua tarea, es mucho lo que los jueces de familia, los jueces de menores y los profesionales del área pueden hacer, tanto en la prevención de las formas de explotación en la calle que puede comenzar en la familia, como en el rescate y rehabilitación de los niños implicados. La tarea no se reduce al trabajo "económico" sino que se extiende a las actividades ilícitas o delictivas, de forma tal de respetar y promover los derechos del niño de forma integral.

Yoshie NOGUCHI (Sra) Asesora de Asuntos legales, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

¹⁷ SCREAM es el acrónimo de 'Supporting Children's Rights through Education, the Arts and the Media.' (Promoción de los Derechos del Niño a través de la Educación, las Artes y los Medios. Consultar www.ilo.org/SCREAM)

¹⁸ OIT C182 Artículo 7(2)(d).

Marco legal sobre trabajo infantil y educación en la India Archana Mehendale



Los datos recolectados en el censo oficial de 2001 indicaron que 12.666.377 niños realizaban trabajo infantil en la India¹. A su vez, el censo escolar de 2001 indicó que 35.360.017 niños 'no asistían a la escuela'², y que realizaban algún trabajo o que era probable que ingresaran al mundo laboral. No existen cifras oficiales disponibles de niños que estudian y trabajan. Los profesionales que atienden a niños trabajadores que 'no asisten a la escuela' afirman que la universalización de la educación elemental y la erradicación del trabajo infantil son dos caras de una misma moneda. Investigadores como Myron Weiner sostienen que no se ha erradicado el trabajo infantil en la India a causa de la débil legislación sobre la educación gratuita y obligatoria que aún no es aplicada efectivamente por los gobiernos de los estados. Una de las hipótesis de su libro es que el trabajo infantil se puede erradicar de manera más efectiva si se aplica la legislación sobre educación gratuita y obligatoria en vez de basarse sólo en la aplicación de la legislación sobre trabajo infantil³. Varios estudios han demostrado que el trabajo infantil se produce como resultado no sólo de un sistema de educación insuficiente y de su disfuncionalidad en términos de acceso y calidad, sino también debido a factores económicos y culturales tales como la falta de oportunidades de vida, falta de acceso al crédito, inexistencia de centros para el cuidado de los niños y desigualdades de género. No obstante, la universalización de la educación elemental es la estrategia clave para dar respuesta al problema del trabajo infantil. En este artículo, presentaré el marco legal que rige en ambas materias. A saber, la universalización de la educación elemental y el trabajo infantil. La primera parte se refiere a las disposiciones constitucionales y legales, la segunda

se refiere a las sentencias que han servido de guía para dar respuesta a estas cuestiones y la última parte plantea algunas preguntas en torno al estado de aplicación de estas disposiciones legales.

Disposiciones constitucionales y legales

La constitución de la India tiene dos artículos que abordan directamente el trabajo infantil y la universalización de la educación en la Parte III de los Derechos Fundamentales. Los Derechos Fundamentales son derechos justiciables; cualquier persona que vea sus derechos fundamentales afectados puede acudir al Tribunal para exigir protección por parte del Estado. El artículo 24 dispone que ningún niño menor de catorce años podrá ser empleado para trabajar en fábricas o en minas o para realizar cualquier otro tipo de trabajo riesgoso. La referencia abierta a 'cualquier otro tipo de trabajo riesgoso' ha sido utilizada por los abogados para reclamar una cobertura global de ciertas ocupaciones en las que el trabajo infantil debería estar prohibido por ley. Además, el artículo 23 prohíbe la trata de personas y el trabajo forzado. Esta disposición es importante porque un gran número de niños trabaja en condiciones de trabajo forzado y esclavitud. De hecho, el poder judicial ha considerado servidumbre a cualquier trabajo por el cual la remuneración recibida es inferior al salario mínimo establecido por ley⁴. Esto ha dado lugar a que los activistas sociales reclamen asistencia para los trabajadores infantiles en virtud de las normas sobre trabajo esclavo.

La disposición constitucional sobre la universalización de la educación estaba contenida originalmente en el artículo 45 de la Parte IV de los Principios Rectores de la Política Estatal que declaraba que el estado debe poner su mayor empeño en brindar educación gratuita y obligatoria a los niños menores de 14 años dentro de los diez años siguientes a la sanción de la Constitución. Esta fue una disposición inusual en tanto impuso un plazo dentro del cual había de cumplir esta disposición de carácter no justiciable. Si bien el artículo 37 establece que no se exigirá judicialmente el cumplimiento de las disposiciones de esta Parte de la Constitución y que, a pesar de ello, los principios sentados por el artículo 37 son fundamentales para la gobernabilidad del país y que el Estado estará obligado a guiarse por estos principios en la formulación de las leyes, el artículo 45 original nunca se aplicó en la práctica. Con el dictado de la Ley sobre la Constitución (Octogésimo sexta Enmienda) de 2002, el Parlamento enmendó la Constitución de India e introdujo dos importantes modificaciones. En primer lugar, se agregó bajo Derechos Fundamentales un nuevo artículo, el 21^a, que establece: "El Estado brindará educación

¹ Extraído del sitio web del Ministerio de Trabajo <http://labour.nic.in/cwl/ChildLabour.htm>, el 11 de marzo de 2011.

² Extraído de la respuesta proporcionada a Rajya Sabha Unstarred, pregunta N° 1908, fecha 10-3-2003.

³ Myron Weiner (1991), *The Child and the State in India: child labour and education policy in comparative perspective*. Nueva Jersey: Princeton University Press

⁴ *People's Union for Democratic Rights and others v Union of India and others* (AIR 1982 SC 1473) y *Bandhua Mukti Morcha vs. Unión de la India* ([1984] 3 SCC 161)

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

gratuita y obligatoria a todos los niños de entre seis y catorce años en el modo en que el Estado mismo lo determine, sancionando al efecto las leyes necesarias". En segundo lugar, se reformuló el artículo 45, que dice que "El Estado debe poner el máximo empeño para brindar atención y educación a la niñez temprana para todos los niños hasta que cumplan seis años de edad". En tercer lugar, se insertó el artículo 51A (k) bajo Obligaciones Fundamentales: en virtud de esta inserción, se obliga "a quienes son padres o tutores a brindarles oportunidades de educación a sus hijos o, según corresponda, a las personas de entre seis y catorce años de edad que se encuentren bajo su tutela". De conformidad con esta enmienda, las disposiciones constitucionales con respecto a la universalidad de la educación elemental y la prohibición del trabajo infantil se fortalecieron tornándose deberes vinculantes y susceptibles de reclamo judicial.

Los dos derechos fundamentales mencionados en los párrafos precedentes cuentan con el respaldo de varias leyes, sancionadas tanto a nivel central como estadual. En este artículo, destacaré algunas de las disposiciones y limitaciones cardinales de dos leyes emanadas del gobierno central, a saber: la Ley sobre Trabajo Infantil (Prohibición y Reglamentación) de 1986, de aquí en adelante, la "CLA" y la Ley sobre el Derecho de los Niños a la Educación Gratuita y Obligatoria de 2009, de aquí en adelante, la "RTE". La CLA es básicamente una ley de carácter laboral y sus disposiciones rigen el funcionamiento de los establecimientos laborales. Tal como lo sugiere su título, el enfoque adoptado por esta ley consiste en prohibir que se emplee a niños menores de 14 años en las ocupaciones y los procesos que se enumeran específicamente y rige las condiciones de trabajo reglamentarias para todos los trabajos que no se prohíben expresamente. La Comisión de Asesoramiento Técnico sobre Trabajo Infantil conformada según lo prescripto por la CLA revisa periódicamente la enumeración legal de las ocupaciones y los procesos en los que debería prohibirse el trabajo infantil y sugiere la incorporación de determinadas actividades a la misma. Actualmente, esta enumeración legal incluye 18 ocupaciones y 65 procesos. No obstante, una de las mayores limitaciones de la CLA es que los niños que trabajan en "cualquier taller en el que alguno de los procesos sea llevado adelante por el ocupante con la ayuda de su familia, o en cualquier escuela establecida por, o que reciba ayuda o reconocimiento gubernamental"⁵ se encuentran fuera del alcance de la cláusula que prohíbe su contratación en los sectores cubiertos por la enumeración legal. Por lo tanto, los niños pueden trabajar con sus familias en ocupaciones y procesos en los que el trabajo infantil estaría prohibido en otras circunstancias y la protección de estos niños es un tema ajeno al alcance de la CLA. La reglamentación de las condiciones de trabajo incluyen la limitación de la

jornada laboral a seis horas por día con un receso de una hora de descanso cada tres horas, la prohibición del trabajo nocturno, los empleos simultáneos y las horas extras, y la obligación de otorgar un día libre como mínimo por semana. Si bien cualquier persona puede denunciar la violación de lo dispuesto por la CLA, las cifras sobre su aplicación no son alentadoras. Según los datos oficiales, en el período comenzado entre 1997 y 1998 y finalizado entre 2004 y 2005, se llevaron a cabo inspecciones en 2.353.098 casos, y se registraron 143.804 instancias de violación de la ley. De éstas, en 59.026 casos se inició una acción penal, con un resultado de 21.481 condenas y 5.505 absoluciones⁶. Uno de los grandes problemas que afectan la aplicación de la CLA es que tanto su premisa básica como las exenciones que contempla no han sido revisadas en ningún momento desde que se formuló la ley, hace veinticinco años. La necesidad de reforma de la CLA es hoy por hoy indiscutible, ya que sus disposiciones son inconsistentes con las disposiciones de la RTE que entró en vigencia en abril de 2010.

La RTE se sancionó a fin de cumplir con lo prescripto en el artículo 21A de la Constitución de India. Cubre a los niños de entre 6 y 14 años de edad e incluye la educación desde el 1.º al 8.º grado. Si bien la frase "educación gratuita y obligatoria" de la RTE también se usó en algunas leyes en materia educativa sancionadas en el pasado e inspiradas en la ley contra la deserción escolar, existe una diferencia radical. La RTE reconoce en cabeza del gobierno (sea éste central, estadual o local) la obligación de brindar educación gratuita, fundar escuelas, proporcionar la infraestructura, los docentes y asignar los recursos financieros. Si bien la RTE les impone a los padres el deber de asegurarse de que sus niños sean matriculados en las escuelas locales, esta ley de ningún modo penaliza a los padres que no cumplen con ese deber. La RTE reconoce que los docentes tienen la obligación de concurrir a clase en forma regular y puntual, de enseñar el programa prescripto dentro de los plazos prescriptos, de monitorear la evolución del aprendizaje de todos los niños y de brindarles instrucción complementaria adicional. La RTE deroga los exámenes de admisión, impone una política "sin castigos ni expulsiones" y prohíbe los castigos físicos y las formas de hostigamiento emocional a los estudiantes. La escuelas privadas han recurrido a la justicia cuestionando el deber que ahora pesa sobre las escuelas del sector privado que no reciben subsidios de admitir en su matrícula como mínimo un 25% de niños provenientes de los sectores más vulnerables del barrio aduciendo interferencia estatal en el funcionamiento de las instituciones privadas.

⁵ Según la restricción consagrada en el artículo 3 de la Ley sobre Trabajo Infantil (Prohibición y Reglamentación) de 1986

⁶ Extraído del sitio web del Ministerio de Trabajo <http://labour.nic.in/cwl/ChildLabour.htm>, el 11 de marzo de 2011

Algunos se habrán percatado de que la CLA y la RTE existen como instrumentos paralelos. La RTE no hace referencia alguna a los niños que trabajan ni a las realidades que pueden impedirles a los niños hacer valer sus derechos, y la CLA no contempla la educación de los niños ni siquiera como parte de los sectores "reglamentados". En realidad, es posible que ahora sea necesario reformular la CLA porque es imposible obligar a los niños a estar en la escuela y permitirles al mismo tiempo trabajar durante seis horas. Las autoridades encargadas de hacer cumplir estas dos leyes pertenecen a Ministerios y secretarías diferentes, factor que contribuye aún más a la falta de coherencia que se presentan en la práctica.

El rol del Poder Judicial

De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución de la India, los pronunciamientos de la Corte Suprema que tienen fuerza de ley son vinculantes para todos los tribunales existentes dentro del territorio de la India. Algunas de las sentencias de la Corte Suprema que han sentado precedente allanaron el camino hacia la introducción de cambios cardinales en cuanto a política y acción en el ámbito de la educación y el trabajo infantil.

El punto de inflexión en el reconocimiento del derecho fundamental a la educación se produjo como consecuencia de la sentencia pronunciada por los cinco miembros de la Corte Suprema en 1993. En la causa *Unnikrishnan J.P. vs. Estado de Andhra Pradesh*⁷, el alto tribunal sostuvo que "sin perjuicio de que el derecho a la educación no se encuentre expresamente enumerado como derecho fundamental, surge implícito y se desprende del derecho a la vida contemplado en el artículo 21 (...) [y] debe interpretarse que existe este derecho a la luz de los Principios Rectores de la Constitución". Por lo tanto, el "derecho a la educación, entendido en el contexto del Artículo 45 y 41 significa que: (a) cada niño/ciudadano de este país tiene derecho a la educación gratuita hasta que cumpla los 14 años de edad y (b) una vez cumplidos los 14 años de edad, el derecho a la educación de los niños/ciudadanos quedará circunscripto a los límites de la capacidad económica del Estado y su desarrollo". Los tribunales se expidieron en este sentido en diversas sentencias y este fallo dio el puntapié inicial del proceso de reforma de la Constitución que culminó con la inserción del artículo 21A sobre el derecho fundamental a la educación elemental inmediatamente después del artículo 21 sobre el derecho a la vida.

En la causa *M.C. Mehta vs. Estado de Tamil Nadu*⁸, el Tribunal intervino de oficio en el accidente ocurrido en una de las fábricas de fuegos artificiales de Sivakasi y se pronunció en el sentido de que el empleador responsable del hecho debe pagar la suma de Rupias 20.000 como compensación por cada uno de los niños empleados en violación de la

Ley. Los inspectores designados de acuerdo con el artículo 17 de la CLA tendrán que asegurarse de que el empleador pague este monto y el dinero se deposite en un fondo que se conocerá como "Fondo de Bienestar y Rehabilitación por Trabajo Infantil". El Tribunal también sostuvo que el empleador no se liberará de esta responsabilidad en el caso de que deseara extinguir la relación laboral con los niños empleados a su cargo. Además, el Tribunal llamó la atención sobre el hecho de que el Estado está obligado a cumplir, por su propia iniciativa, con el deber de asegurar que existan puestos de trabajo alternativos para el o los padres de los niños cuando cese la relación laboral del empleador con los niños. Si bien el Tribunal no dictó sentencia al efecto, indicó que el Gobierno correspondiente depositaría, en carácter de aporte/contribución al Fondo antedicho, la suma de 5.000 rupias por cada niño empleado en relación de dependencia. El Tribunal ordenó que los gobiernos estatales realizaran una encuesta sobre trabajo infantil en el lapso de seis meses. También les ordenó a los inspectores laborales que tomen los recaudos necesarios para que los niños fueran enviados a instituciones educativas. En el caso del sector reglamentado, el Tribunal sostuvo que sería deber de los inspectores asegurarse de que los niños no trabajen más de cuatro a seis horas por día y que reciban educación como mínimo durante dos horas por día a cargo del empleador.

En la causa *Bandhua Mukti Morcha vs. Unión de la India*⁹ se instauró un pedido de tutela de los derechos constitucionales de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución en el marco de una acción judicial en defensa del interés público que procuró el dictado de un mandamiento judicial que le ordenara al Gobierno tomar las medidas para que se deje de contratar a niños para trabajar en el sector de las alfombras en el Estado de Uttar Pradesh; constituir una Comisión de investigación sobre las condiciones de empleo e impartir otra instrucción de bienestar común que fuera conducente a la prohibición total del empleo de niños menores de 14 años, exigiéndole, además, al Gobierno que les proporcionara prestaciones tales como educación, atención de la salud, sanidad e higiene, alimentos nutritivos, esparcimiento, etc. El Tribunal sostuvo que el trabajo infantil ha de ser erradicado a través de medidas bien planificadas de reducción de la pobreza y desarrollo y señaló asimismo que "la imposición de sanciones comerciales en materia de empleo podría dejar a los niños en un estado de indigencia arrastrándolos hacia la marginalidad, la vagancia, los delitos y el riesgo social, etc.". Y continuó: "si bien se debe prohibir progresivamente la explotación de los niños, en forma simultánea se deben gestar otras alternativas para los niños que incluyan la educación, la atención de la salud, los alimentos nutritivos, las condiciones de vivienda y otros medios de subsistencia tendientes a fortalecer la autoestima y la dignidad de la persona. No sería

⁷ (1993) 1 SCC 645

⁸ (1996) 6 SCC 756

⁹ AIR 1997 SC 2218

realista pretender la prohibición inmediata del trabajo infantil. Es más, sería contraproducente. Para prohibir el empleo de niños, se debe comenzar con las actividades más riesgosas e intolerables, como sería el caso de la esclavitud, el trabajo forzado, la trata de personas, la prostitución, la pornografía, los empleos peligrosos y actividades por el estilo". También sostuvo que la educación obligatoria para estos niños constituye uno de los principales medios hacia, y un deber básico del Estado con miras a, la estabilidad de la democracia, la integración social y la eliminación de las tensiones sociales. El Tribunal le ordenó al Gobierno de India convocar a una reunión de los Ministros de los respectivos Gobiernos Estaduales para concebir los principios que regirán las políticas tendientes a la eliminación progresiva del empleo de niños menores de 14 años en todas sus formas. Sostuvo asimismo que las medidas que se tomen deben ser coherentes con el esquema establecido en la causa *M.C. Mehta* y que se deberán presentarle al Tribunal informes periódicos del estado de avance en ese sentido.

Una de las razones por las que se considera que estas sentencias han sentado precedente es que han allanado el camino hacia una respuesta específica del Gobierno. La sentencia dictada en *Unnikrishnan* funcionó como un disparador para las acciones que promovieron el reconocimiento de la educación elemental como un derecho fundamental que se deriva del derecho a la vida. En la causa *MC Mehta*, además de interpretar progresivamente la ley existente, el Tribunal también recomendó un marco de política en cuyo contexto el tema del trabajo infantil podrá ser abordado por los gobiernos estaduales. Y al mismo tiempo, el Tribunal creó nuevas obligaciones, como las compensaciones en cabeza de los empleadores, los empleos alternativos que los estados deberán procurarles a los padres, la educación que deberán proporcionar los empleadores en los sectores reglamentados y demás deberes. Si bien puede considerarse que se trata de una instancia de activismo judicial, ha impulsado a los gobiernos estaduales a la acción. En la causa *Bandhua Mukti Morcha*, al pedirle al Gobierno que se concentre en las formas más agudas de explotación del trabajo infantil, el mandamiento de la Corte reflejó la premisa básica del Convenio de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (C182) pese a que India no ratificó este Convenio.

Observaciones Finales

Al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, India formuló la siguiente declaración: "En tanto adhiere plenamente a los objetivos y los fines perseguidos por la Convención, y con la convicción de que ciertos derechos del niño, concretamente los relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, son susceptibles únicamente de ser implementados progresivamente en los países en desarrollo sólo en la medida en que se dispongan de recursos para hacerlo y con la contención de un marco de cooperación internacional, reconociendo que el niño debe ser protegido contra la explotación de toda índole, que incluye la explotación económica; en tanto manifiesta que por diversos motivos, en la India trabajan niños de diferentes edades, que se han establecido edades mínimas de empleo en ocupaciones riesgosas y en ciertas otras áreas, que se han dictado disposiciones regulatorias con respecto a la duración de la jornada laboral y las condiciones de trabajo; que se admite que no sería práctico prescribir con vigencia inmediata una edad mínima admisible para todos y cada uno de los sectores del mercado laboral de India, el Gobierno de la India se compromete a tomar los recaudos necesarios para implementar en forma progresiva lo dispuesto en el artículo 32, en particular el párrafo 2(a), de acuerdo con su legislación nacional y con los instrumentos internacionales que India ha ratificado". Este enfoque de "implementación progresiva" deberá ser reexaminado a la luz del derecho fundamental a la educación recientemente consagrado. El trabajo infantil, en todas sus formas y manifestaciones, exigirá una reacción del ordenamiento jurídico superadora de la RTE. A menudo las familias se encuentran en relación de dependencia con respecto a sus empleadores y ante la ausencia de medios alternativos de subsistencia son renuentes a adoptar una actitud de confrontación frente a ellos. Por lo tanto, todo avance en materia de legislación del trabajo infantil debe ir acompañado de la aplicación de otras leyes, como sería el caso de la Ley Nacional de Garantía de Empleos Rurales de 2005 y el proyecto de ley sobre el derecho a los alimentos. Además, será necesario revisar el postulado de que el empleo de los niños en el seno de las familias no es perjudicial.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

¿De qué modo podrían las familias garantizar la seguridad del niño cuando la ocupación/el proceso en sí mismo es perjudicial y las familias mismas están igualmente expuestas a los riesgos? Sin embargo, penalizar a los padres no es necesariamente la respuesta ya que el niño puede estar en mejores condiciones trabajando con su familia que al amparo de alguna institución administrada por el estado. En parte, la escasa cantidad de fallos condenatorios en las causas por trabajo infantil se debe a las importantes lagunas jurídicas de la CLA y la excesiva carga de trabajo que aqueja a los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, que con frecuencia no les permite secuestrar y estudiar todas las pruebas.

También es necesario ser cuidadosos al analizar las cifras oficiales: es posible que las cifras de la matrícula escolar estén infladas porque está el incentivo de demostrar que hay más niños en las escuelas y también es probable que se subestimen las cifras del trabajo infantil porque se desincentiva la revelación de la calidad de trabajador de los niños. Estas imprecisiones en la información pueden distorsionar la interpretación oficial y a su vez afectar en forma negativa las respuestas en lo que respecta a instrumentos jurídicos y desarrollo del gobierno. El tema de los niños que intentan combinar la asistencia a clase con el trabajo también requiere mayor estudio ya que la normativa en vigencia en la India no reconoce esta realidad. La experiencia india señala que las leyes que abordan problemas sociales deben ser dinámicas y tener la capacidad de dar respuesta a los cambios en la legislación misma (especialmente cuando el poder judicial es de corte progresivo) y a los cambios del entorno socioeconómico y político en general.

Archana Mehendale, Ph.D., es una investigadora independiente que reside en la India. Se ha dedicado durante más de quince años al estudio de los problemas que aquejan a los niños, en particular la educación, el trabajo infantil y los derechos de las niñas y los niños con discapacidades.



Los casos originados en el traslado ilícito de un niño a un país extranjero o la retención ilícita de un niño en un país extranjero generalmente requieren la aplicación del derecho de familia internacional en lugar del derecho de familia local. No obstante, la aplicación del derecho de familia internacional depende de los tribunales de familia locales de las dos jurisdicciones involucradas en el hecho de traspaso ilícito de fronteras.

El resultado será más o menos satisfactorio dependiendo de lo que suceda durante el proceso, que consta de dos etapas. La primera es la etapa administrativa, que se encuentra a cargo de las Autoridades Centrales de las dos jurisdicciones implicadas. La segunda etapa es el proceso judicial propiamente dicho, que se encuentra a cargo de los jueces que presiden el tribunal respectivo en cada país.

Durante los últimos años, afortunadamente, hemos visto que la mayoría de los países restringen la competencia en conflictos transfronterizos a una cantidad limitada de tribunales y, por lo tanto, a una cantidad limitada de jueces, que gracias a esto logran especializarse en la materia.

Sin embargo, la especialización por sí sola no es suficiente para efectuar esta tarea. Los dos jueces a cargo del proceso judicial deben colaborar y minimizar el riesgo de que haya malentendidos, conflictos y pérdidas de tiempo.

Podemos rastrear fácilmente la evolución de las instancias de colaboración judicial. En 1998, la Conferencia de La Haya organizó una reunión histórica en los Países Bajos que convocó, por primera vez, a los jueces especializados de todos los países que habían incorporado a su legislación

la Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores, de 1980. En dicha Conferencia, propuse que se creara una red de jueces especializados en casos transfronterizos de sustracción de menores. Desde aquel comienzo, la Red ha crecido ininterrumpidamente hasta su estado actual, logrando una fuerte articulación entre la mayoría de los Estados parte de la Convención.

En la reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación de la Convención de 1980 que se realizó en La Haya en 2001, se adhirió unánimemente a la propuesta de ampliar las vías de comunicación judicial en determinados casos, respetando las garantías debatidas y registradas en dicha ocasión.

En el contexto regional de Europa, el advenimiento del Reglamento Bruselas II bis fue precedido por el lanzamiento de una Red Europea creada para afrontar la cantidad de casos que surgirían al adoptarse dicho Reglamento. Por supuesto, en los casos originados en el artículo 11 del Reglamento, la función del juez en la Red de La Haya y en la Red Europea sería exactamente la misma. La Guía de Buenas Prácticas publicada en 2005 para facilitar la aplicación del Reglamento respaldó en gran medida el concepto y la práctica de la colaboración judicial directa.

En la 5^a reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación de la Convención de 1980 realizada en La Haya en noviembre de 2006, se adoptó una resolución para reclutar a un Grupo de Expertos que se encargara de formular Buenas Prácticas y Garantías en colaboración judicial directa. Más adelante haré una reseña del trabajo de este grupo.

Durante la conferencia judicial organizada por la Comisión Europea y la Conferencia de La Haya en Bruselas en enero de 2009 se recaló la importancia de ampliar las vías de colaboración judicial directa. En dicha Conferencia estuvieron representadas más de cincuenta jurisdicciones. Este evento fue un hito en la evolución de la colaboración judicial en conflictos transfronterizos.

Por último, no puedo dejar de mencionar la excelente reunión de la Red Judicial Europea realizada en Bruselas el 2 de marzo de 2010, en la que todas las Autoridades Centrales y los jueces presentes unificaron su rotunda adhesión a los avances logrados, y a los posibles futuros avances, resultantes de la colaboración entre jueces para resolver un problema común.

Podemos ver que esta fuerza emergente tiene estructuras que la respaldan. La primera fue la Red Global, creada y gestionada por la Conferencia de La Haya. En segundo lugar, se creó la Red Judicial Europea, fuertemente apoyada por la Comisión Europea. No obstante, la Comisión todavía no ha podido administrar la Red, debido a que los Reglamentos no le otorgan específicamente la facultad de hacerlo.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Las recomendaciones de la Conferencia de La Haya de enero de 2009 son muy explícitas: El Juez de la Red debe ser (a) un juez en funciones y (b) designado oficialmente por el Estado miembro al que pertenece. Esta recomendación ha sido aceptada y respetada por la mayoría de los Estados miembro europeos y por los Estados del resto de Europa. El Reino Unido ha designado a tres jueces, uno por cada una de sus jurisdicciones independientes. También Alemania ha designado a varios jueces para representar a su extenso territorio. Sin embargo, necesitamos alentar a las jurisdicciones que todavía no han hecho las designaciones pertinentes y persuadirlas de que lo hagan. En sus tratativas con la República Checa, mi oficina ha logrado que se realice satisfactoriamente la designación oficial del Juez de la Red. En contraste, también hemos experimentado importantes dificultades con Polonia, que designó como Juez de la Red al director de su Autoridad Central. Aunque el director de la Autoridad Central sea un magistrado calificado, es evidente que no puede montar dos caballos al mismo tiempo. El

Reino Unido tiene un gran volumen de conflictos transfronterizos con Polonia a causa de la fuerte inmigración polaca que tuvo lugar desde que Polonia ingresó a la Unión Europea. Tenemos importantes dificultades para cumplir con los altos estándares de control judicial requeridos en los conflictos transfronterizos a causa de la falta de un juez en funciones que haya sido designado oficialmente en la jurisdicción de Polonia.

Los miembros del Grupo de Expertos reclutados tras la resolución de la 5^a Comisión Especial se reunieron en La Haya en julio de 2008 y redactaron propuestas preliminares que se debatieron durante la Conferencia de Bruselas en enero de 2009. La intención de la Mesa Permanente es que la versión final de las propuestas del Grupo se presente para su aprobación y adopción durante la Comisión Especial que se realizará en el verano de 2011.

[Lord Justice Thorpe*](#) es el Jefe de Justicia Internacional de la Familia y un juez superior en la Corte de Apelaciones, Inglaterra y Gales



El autor agradece la invaluable colaboración de su asistente de investigación, Johanne Clouet, estudiante doctoral de la Universidad de Montreal.

¿De dónde vengo? La mayoría de nosotros conocemos la respuesta a esta pregunta existencial. Para analizar la historia de nuestra vida desde el momento de la concepción, alcanza con mirar a nuestros padres. Ellos son la encarnación de nuestros orígenes, y muchas veces nos ayudan a entender mejor quiénes somos y quiénes seremos. Pero hay algunas personas que no tienen esta ventaja. Incluso aunque sean criados por padres que los aman, una parte de ellos está ausente. Esto es así para la mayoría de los niños adoptados; y también es el caso de los niños concebidos artificialmente con ayuda médica utilizando material genético de un tercero. Éste es el tema que trataré a lo largo de este artículo.

A diferencia de la adopción, la concepción artificial es un fenómeno bastante reciente. Históricamente, por supuesto, muchos niños nacieron por parto natural gracias a la intervención de un tercero que aceptaba colaborar cuando el marido era infértil y estaba de acuerdo con esto. Tuvimos que esperar hasta la década de 1970 para ver la primera fertilización *in vitro*¹. Desde ese momento, hubo tantos avances en la medicina que es difícil predecir lo que se podrá hacer en el futuro.

Los fundamentos del anonimato

Al principio, la legislación sobre concepción artificial establecía como principio fundamental que se debía mantener el anonimato del donante. Este principio, que era parte integral del secreto profesional que debía caracterizar al procedimiento, apuntaba a mantener la privacidad del tercero bien intencionado y bloqueaba cualquier posibilidad de investigar la paternidad del niño. Al mismo tiempo, esto protegía a la familia nuclear del futuro hijo² de la amenaza que podía representar para su tranquilidad mental la existencia de un tercero implicado³.

No sólo se debía mantener oculto al donante, sino que se debía reducir su intervención al mínimo posible. En este aspecto, el rol de la medicina era crucial; no sólo debía realizarse el procedimiento garantizando el anonimato del donante, sino que también se debía hacer todo lo posible para reducir el rol del donante meramente al suministro de material genético, en forma similar a la toma de muestras de sangre que se realiza para la donación de sangre. El mecanismo es que "ojos que no ven, corazón que no siente", según lo describe la socióloga Irène Théry⁴.

Por lo tanto, la adopción del principio de anonimato del donante intentaba proteger los intereses de las partes involucradas: el donante y la familia. Es decir que no se tenían en cuenta los intereses del niño, salvo en la medida en que sus intereses coincidían con los de los futuros padres. Según la postura mayoritaria de la época, completamente focalizada en el adulto, el niño se beneficiaría creciendo en una familia 'normal'.

El niño como parte del proceso

Durante las últimas dos décadas, el uso de los métodos de concepción artificial ha aumentado gradualmente. Junto con las nuevas estructuras familiares, su uso se ha difundido a lo largo de muchos países occidentales. Además de ser una forma de solucionar el problema de la infertilidad, la concepción artificial se ha convertido en un método de concepción para parejas lesbianas y mujeres que, a pesar de que han elegido la soltería, desean tener hijos. Hoy en día, además de hombres donantes de esperma, hay mujeres donantes de óvulos. Esto significa que ahora la concepción artificial también puede ser una solución a la

² Para que todo resulte más natural, se puede elegir a un donante que tenga características comunes con la persona que ejercerá el rol de padre del niño.

³ Geneviève Delais de Parseval y Valérie Depadt-Sebag, *Accès à la parenté: procréation assistée et adoption*, Fondation Terra Nova, marzo de 2010, páginas 43 y 44, disponible en: <http://www.tnova.fr/sites/default/files/bioethique_0.pdf>.

⁴ Irène Théry, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Éditions EHESS, 2010. En francés, el principio se expresa con estas palabras: «*ni vu ni connu*».

¹ El primer 'bebé de tubo de ensayo', Louise Brown, nació en Inglaterra en 1978.

infertilidad femenina. Pueden nacer niños de gametos masculinos y femeninos que han sido donadas. Las posibilidades son infinitas: dar a luz después de la menopausia, tener un embarazo siendo lo suficientemente mayor como para ser abuela, contrarrestar los defectos genéticos del padre o la madre, optimizar el potencial genético del futuro niño eligiendo a un donante que tenga un perfil físico y mental ideal. Lo único que nos protege del riesgo de la eugenesia son las normas éticas que, como seres humanos, aceptamos voluntariamente.

Los cambios más sorprendentes siempre suceden cuando no estamos atentos. Mientras la ciencia progresa y se debaten los aspectos éticos de la concepción artificial, los primeros bebés concebidos artificialmente han crecido, han alcanzado la adultez y tienen sus propias aspiraciones. Su presencia nos hace notar que han sido completamente ignorados en este proceso⁵. De ahora en adelante, debemos reconocer que las partes relevantes en el proceso de concepción artificial no son sólo dos, sino tres. Además de los terceros donantes y los futuros padres, está el niño, que es una persona con derechos propios, de acuerdo con la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁶.

Estos niños que ya han crecido tienen inquietudes. Quieren saber ni más ni menos a quién le deben su nacimiento. Se sienten engañados por la prohibición oficial que les niega el acceso a los registros sobre su identidad. Su expediente está allí en un armario al que pueden acceder los médicos y empleados administrativos pero estará siempre cerrado para ellos. Su investigación para descubrir su identidad no llegará más allá de la mesa de recepción de la clínica o institución encargada de conservar los registros de los casos de concepción artificial.

Pero, ¿por qué quieren investigar? ¿Por qué razón estos niños que fueron tan deseados y recibieron tanto amor de sus padres sienten la necesidad de ponerle un nombre y una cara a un simple espermatozoide? Tal vez es sólo un capricho o frívola curiosidad que se desvanecerá a medida que pase el tiempo. Eso es lo que cree con firmeza mucha gente. Estas personas creen que los jóvenes se darán cuenta más temprano que tarde de que están haciendo preguntas que no son válidas, que les causarán disgustos innecesarios y perturbación a sus padres 'reales', que no merecen semejante insulto. Hay personas un poco más liberales que entienden la necesidad de los niños adoptados —paridos por una madre que no era su madre adoptiva y que incluso tal vez deseaba tenerlo— de conocer su origen, pero se niegan a aplicar este criterio a los niños concebidos artificialmente cuya existencia y cuya vida no hubiera tenido razón ni posibilidad de ser sin la iniciativa de sus padres.

⁵ *Ibidem*, páginas 46 a 48.

⁶ Aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas, entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

De la necesidad al derecho

Estos argumentos simplistas y condescendientes no resisten un verdadero análisis. Los niños concebidos artificialmente sienten la necesidad de conocer su identidad como cualquier otra persona; y esto no es un asunto trivial. Théry escribió:

“Los gametos son distintos a cualquier otro elemento corporal, porque pueden engendrar vida. El criterio oficial que justifica el anonimato afirmaría que un gameto no es más que un gameto, y que ‘se entrega en carácter de donación’. Pero detrás de esta donación está el ser humano que la realiza”⁷. Un ser humano único con cara y con nombre que es el origen de la concepción de ese niño.

Por supuesto, no todas las personas desean conocer sus orígenes con la misma intensidad ni todas las personas que lo desean lo demuestran de la misma manera. Algunos niños empiezan su búsqueda durante la adolescencia mientras que otros esperan hasta la adultez o incluso hasta que están a punto de retirarse⁸. También hay otros que no sienten nunca la necesidad de saber. De todos modos, el derecho a la identidad es una noción básica. Hoy en día, muchos especialistas reconocen que el conocimiento de los orígenes es decisivo para que las personas en esta situación puedan establecer su identidad.

Como siempre, que se reconozca una necesidad no es suficiente para que se garantice un derecho. Algún día se deberá cubrir esta necesidad garantizando realmente el derecho a conocer los propios orígenes. Tal derecho no sólo marcaría finalmente la aceptación de la concepción artificial por parte de la sociedad —dejando atrás la cultura del secreto que la ha caracterizado desde el inicio— sino que también conformaría al niño como una persona con derechos cuyos intereses pueden diferir de los de las demás partes del proceso.

En algunos países, la transición de la necesidad al derecho se ha concretado fácilmente, pero en otros todavía genera miedos e incompreensión.

⁷ *Op. cit.* nota 4, páginas 127 y 128.

⁸ En *Jaggi vs. Suiza* Nº 58757/00, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR) 2006-3 párrafo 40, el apelante, de 67 años, deseaba obtener una muestra de ADN de un hombre muerto que pensaba que había sido su padre biológico, no porque quisiera obtener una herencia, sino para descubrir sus orígenes. El ECHR resolvió que: “Aunque fuera cierto que el apelante [...], que hoy tiene 67 años, pudo haber desarrollado su personalidad sin estar seguro de cuál era la identidad de su padre biológico, debemos admitir que el interés que puede tener una persona en conocer su ascendencia ciertamente no desaparece con la edad, sino más bien lo contrario. Además, el apelante ha demostrado un interés genuino por descubrir la identidad de su padre, ya que ha intentado lograrlo durante toda su vida. Esta conducta sugiere que el apelante ha sufrido dolor mental y físico debido a su desconocimiento, aunque esto no figure en su historia clínica”.

El derecho a conocer los orígenes biológicos

En 1985, Suecia estableció que los niños nacidos por concepción artificial tienen derecho a conocer la identidad del donante de esperma que posibilitó su nacimiento⁹. Más adelante, se modificó la Ley Sueca para permitir, en los casos en que resultara necesario, que se revele la identidad de la mujer donante de un óvulo¹⁰. Los niños suecos pueden ejercer este derecho luego de adquirir la mayoría de edad, a menos que puedan demostrar que son lo suficientemente maduros antes de cumplir dicha edad. Desde 1992, la Constitución federal de Suiza establece que "Todas las personas [adultas] tienen derecho a acceder a la información sobre su ascendencia"¹¹. En el Reino Unido, se derogó el principio de anonimato del donante de gametos en el año 2005¹². Una vez que han adquirido la mayoría de edad, los niños que han sido concebidos artificialmente pueden obtener datos detallados sobre el hombre o la mujer que donaron material genético para que su nacimiento sea posible. En Austria¹³, Australia (Estado de Victoria¹⁴), Noruega¹⁵, los Países Bajos¹⁶, Nueva Zelanda¹⁷ y

Finlandia¹⁸ también se han tomado medidas para garantizar que el proceso sea transparente.

Algunos países, como Islandia y Bélgica, han decidido establecer un sistema "de dos vías" (*twin track*), que permite al donante optar entre el anonimato y la transparencia. En estos países, los niños que han sido concebidos artificialmente tienen derecho a acceder a datos detallados sobre el donante sólo si el donante ha accedido a que se revelen sus datos al momento de la donación.

Por otro lado, algunos países han mantenido el principio de anonimato del donante¹⁹, en algunos casos después de animados debates. Esto es especialmente aplicable a Francia²⁰, país en el que se debatió el tema durante aproximadamente doce años. Se presentaron diversas propuestas de ley tendientes a establecer una política moderadamente más abierta, pero siempre fue en vano²¹. El muro del anonimato parece ser infranqueable por razones que, según Théry, revelan una profunda incompreensión²².

⁹ Ley Sueca de Inseminación Artificial (*Swedish Insemination Act*; SFS 1984:1140).

¹⁰ En 2006, la legislación y las normas sobre concepción artificial e integridad genética se fusionaron en una sola ley, la Ley de Genética Integrada (*Genetic Integrity Act*; SFS 2006:351), disponible en: <http://www.smer.se/Bazment/266.aspx>. Los capítulos 6 y 7 consagran el derecho de los niños concebidos gracias a la donación de un espermatozoide o un óvulo a obtener información sobre el/la donante.

¹¹ Constitución federal de la Confederación Suiza del 29 de mayo de 1874, artículo 24.9.g. Actualmente, este derecho está consagrado en el artículo 119.2.g de la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* del 18 de abril de 1999. Los textos de las constituciones están disponibles en: http://www.heinonline.org/HOL/COWShow?collection=cow&cow_id=402 En 2001, los legisladores suizos confirmaron la aplicación de este derecho constitucional a los casos de concepción artificial. *Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la PMA (LPMA)*, RS 810.11: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c810_11.html.

¹² Ley de Fertilización Humana y Embriología (Reino Unido), 1990, c. 37, disponible en: http://www.bailii.org/uk/legis/num_act/1990/ukpga_19900037_en_1.html modificada en 2004 por la Autoridad de Regulación de la Fertilización Humana y la Embriología (Revelación de Datos de Donantes), Normas 2004, disponibles en: http://www.legislation.gov.uk/ukksi/2004/1511/pdfs/ukxi_20041511_en.pdf.

¹³ Ley de Procreación Asistida (*Medically Assisted Procreation Act*, Ley N° 275, 1992).

¹⁴ Ley de Tratamientos para Infertilidad (*Infertility Treatment Act*), 1995 (Vic.), disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/hist_act/ita1995264/

¹⁵ Ley N° 100 del 5 de diciembre de 2003 relativa a la aplicación de biotecnología en la medicina humana, disponible en: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20031205-100-eng.pdf>

¹⁶ Ley del 25 de abril de 2002 sobre las normas relativas a la organización, la administración y la comunicación de datos sobre inseminación artificial con intervención de donantes (*Loi relative aux données concernant l'insemination artificielle par donneur*); ver el informe de la Organización Mundial de la Salud <<http://apps.who.int/ihlri/results.cfm?language=french&ty pe=ByVolume&intDigestVolume=53&strTopicCode=VII>> (título original: *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*). Al cumplir 16 años, los niños tienen derecho a que se les revele la identidad del donante. Vale destacar que el donante puede oponerse, pero sólo con justa causa. Consultar: «*L'anonymat du*

don de gamètes», *Documents de travail du Sénat, Série législation comparée*, N° LC 186, París, septiembre de 2008, pág. 22, disponible en: <http://www.senat.fr/lc/lc186/lc186.pdf>.

¹⁷ Ley de Tecnología de Reproducción Asistida (*Human Assisted Reproduction Technology Act*) de 2004 (NZ), 2004/92. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0092/latest/DLM319241.html>.

¹⁸ Ley sobre Tratamientos de Fertilidad Asistida (*Act on Assisted Fertility Treatments*), 2006/1237, disponible en: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2006/en20061237.pdf>.

¹⁹ Particularmente en España, ver la Ley N° 14, del 26 de mayo de 2006, (Ley 14/2006) sobre técnicas de reproducción humana asistida, disponible en: http://www.institutobernabeu.com/upload/ficheros/ley_de_reproduccion_asistida_2007.pdf y en Dinamarca (salvo en casos de reproducción asistida por parteras): Ley de Reproducción Asistida (*Act on Medically Assisted Reproduction*; 10.6.1997:460), modificada por la Ley N° 427, del 10 de junio de 2003, y la Ley N° 923, del 4 de septiembre de 2006. Consultar: «*L'anonymat du don de gamètes*», *Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée*, N° LC 186, París, septiembre de 2008, páginas 15 y 17, además de la información recopilada en el sitio web de la OMS: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183235f.pdf>.

²⁰ El anonimato del donante en Francia surge de la ley N° 94-653, del 29 de julio de 1994, relativa al respeto por el cuerpo humano, y la ley N° 94-654, también del 29 de julio de 1994, relativa a la donación y el uso de partes y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en diagnósticos prenatales y de reproducción. El principio de anonimato está incluido en el artículo 16.8 del Código Civil y en el artículo L1211-5 del Código de Salud Pública (*Code de la santé publique*).

²¹ Para un resumen de estas propuestas de ley consultar la obra de Théry citada en nota 4, páginas 76 a 79.

²² *Ibidem* página 69.

Las personas que se opusieron a las reformas propuestas basaron su postura, en primer lugar, en la visión “biologicista” de la filiación. Además, sostuvieron que derogar el principio de anonimato haría que Francia se aleje de sus tradiciones jurídicas al colocar la vinculación sanguínea por encima de la buena fe y el compromiso, que han sido históricamente considerados la base de los lazos filiales. Pero las propuestas nunca plantearon la posibilidad de atribuir al donante un lazo de filiación. En los países que reconocen el derecho de los niños a conocer sus orígenes (así como en aquellos que no lo reconocen) el donante es considerado un simple donante y siempre se lo considerará un donante al que no se le atribuye ningún tipo de lazo filial con el niño, ya sea en forma directa o indirecta²³. La donación de gametos es una cosa y los lazos filiales y parentales son algo completamente distinto. Además, los niños que desean conocer sus orígenes no están buscando una madre o un padre:

Por el contrario, [ellos] repiten constantemente que ya tienen padres, que aman a sus padres, que nunca han cuestionado eso y que su búsqueda es otra: lo que quieren es entender su historia y conocer el origen de su identidad²⁴.

Los opositores también se basaron en la denegación de derechos y en la injusticia que implicaría la aplicación retrospectiva de una ley que derogara el principio de anonimato. No obstante, no se propone someter a aquellos que han donado material genético a disposiciones distintas de las vigentes al momento en que realizaron la donación. Aquellos que ya hubieran realizado donaciones antes de la modificación de la ley podrían conservar el “privilegio” del anonimato, pero tendrían la opción de renunciar a dicho privilegio voluntariamente si desearan hacerlo²⁵. Todos los países que derogaron el principio de anonimato del donante han establecido la no retroactividad de la nueva norma.

Otro punto de discusión fue la intranquilidad que podría infligir esta nueva norma en los niños que — por una razón u otra— no desean conocer la identidad del donante. Pero nunca se cuestionó la discreción del niño para decidir. Quienes quisieran

hacerlo podrían acceder a la información; pero los que no quisieran, simplemente se abstendrían de ejercer el derecho²⁶. También en este caso la experiencia legislativa de los países que están en la vanguardia indica el camino. Todos estos países han demostrado un gran respeto por el amplio rango de experiencias que pueden haber vivido los niños que fueron concebidos artificialmente.

Incluso aunque esta serie de malentendidos ha extinguido las esperanzas de las personas que apoyan el derecho a la identidad, por lo menos la población francesa tuvo la oportunidad de debatir estos temas en el ámbito político. Esto es definitivamente un avance, sobre todo si lo comparamos con el silencio que caracteriza a algunas sociedades, como Quebec, en todo lo vinculado a este tema. De este lado del Atlántico, el principio de anonimato del donante permanece sin que nadie discuta públicamente su validez o relevancia²⁷. No obstante, recientemente surgió una oportunidad de poner el tema en la agenda política. En 2010, la legislatura de Quebec aprobó una ley que regula las actividades de las clínicas y los proyectos de investigación relacionados con la concepción artificial y permite la financiación pública siempre que se cumplan ciertos requisitos²⁸. Sin que se realice ningún planteo previo sobre el tema²⁹, esta ley reafirmó el principio de anonimato del donante prohibiendo que las clínicas de fertilidad proporcionen a las partes involucradas — especialmente al niño— cualquier información que pueda revelar la identidad del donante, incluso en los casos en que el donante ha accedido previamente a que se revele información sobre su identidad³⁰. Entre otras cosas, esta ley les exige a las clínicas que mantengan registros en forma permanente, aunque todavía no se han establecido

²⁶ Théry *op. cit.* nota 4, pág. 28.

²⁷ Algunos críticos y ciertas organizaciones han lamentado la falta de debate público sobre el tema, pero sus comentarios no tuvieron repercusión. Ver especialmente: *Québec, Assemblée nationale, Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 2^o sess. 37^e légis., 29 de marzo de 2006, «Consultations particulières sur le projet de loi n^o89 – Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives. Interventions du Conseil du statut de la femme», disponible en: <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cas-37-2/journal-debats/CAS-060329.html>.

²⁸ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., c. A-5.01.

²⁹ *Ibidem*, art. 44 al. 2. Ver también el artículo 542 C.c.Q.

³⁰ Se debe tener en cuenta que esta ley de Quebec entró en vigencia durante el período en el que se estaba discutiendo judicialmente ante la Corte Suprema de Canadá la validez de la Ley [Federal] de Reproducción Asistida (*Law on Assisted Reproduction*, L.C. 2004, c. 2), que creaba un registro nacional de datos sobre casos de reproducción asistida. Según las declaraciones realizadas ante la Corte, en los casos en que el donante hubiera accedido a que se revelen sus datos, el niño tendría la posibilidad de acceder a la información registrada sobre la identidad del donante. Varios meses después, la Corte declaró que estas disposiciones excedían las atribuciones del Parlamento (disposiciones *ultra vires*). *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

²³ Alemania es una excepción. Allí siempre se basó la filiación en el origen biológico. Ver el artículo 1591 del Código Civil de Alemania http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html que declara que la madre del niño es la mujer que lo ha parido. Ver también el artículo 1600(1)4, que permite que los niños concebidos artificialmente impugnen la paternidad del marido de su madre (en virtud del artículo 1592(1) se presume que el padre es el hombre casado con la madre al momento del nacimiento). Es posible establecer un vínculo filial entre un donante y el niño nacido de su donación luego de realizar una investigación para determinar la paternidad del niño. Esto deriva del derecho general a la identidad establecido en los artículos 1(1) y 2(1) de la *Legislación básica de la República Federal de Alemania*. Sobre este tema, ver «La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille», de Frank Rainer (1993) 45:3, *Revue internationale de droit comparé* 635.

²⁴ Théry *op.cit.* nota 4, pág. 20.

²⁵ *Ibidem* pág. 80; y G Delaisi de Parseval y V. Depadt-Sebag, *op.cit.* nota 3, pág. 51.

normas que regulen específicamente el mantenimiento de dichos registros. Teniendo en cuenta que el derecho a la identidad suscita interés en varias partes del mundo, la postura de Quebec demuestra un nivel considerable de imprudencia o absoluta falta de conciencia al dejar estos registros en manos de compañías privadas, corriendo el riesgo de que sean robados, en lugar de ponerlos bajo la responsabilidad de un organismo público.

Los fundamentos legales del derecho a la identidad

¿Cuáles son los principios básicos o las bases fundamentales que pueden respaldar el derecho a la identidad en los países que aún se niegan a reconocerlo? Existen dos fuentes distintas, aunque paralelas. La primera se refiere exclusivamente a los derechos de los niños, mientras que la segunda se refiere en forma más general a los derechos y las libertades fundamentales de los seres humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los Estados miembro de las Naciones Unidas salvo Estados Unidos y Somalia, reconoce la importancia de los orígenes del niño en sus artículos 7 y 8.

Artículo 7

1. El niño será inscripto 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.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Estos artículos demuestran la atención que pone hoy en día la comunidad internacional sobre los temas relacionados con los orígenes de los niños. Estas disposiciones pueden resultarles útiles a los niños que están en búsqueda de sus orígenes, más allá de que hayan sido adoptados o concebidos artificialmente. Dicho esto, vale aclarar que los artículos 7 y 8 están sujetos a diversas interpretaciones y contienen reservas que pueden afectar su influencia en el tema. El artículo 7 reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres, pero ¿a qué padres se refiere exactamente? En los casos de adopción, ¿se trata de los padres biológicos o los padres adoptivos? En los casos de concepción artificial, ¿se puede incluir al donante

dentro de los términos de este artículo aunque no se pueda establecer ningún lazo filial entre éste y el niño? El artículo 8 les exige a los Estados que protejan la identidad del niño "de conformidad con la ley". En los países que mantienen el principio de anonimato del donante o en los casos en que los padres biológicos han entregado a su hijo en adopción, ¿la referencia a la "legislación nacional" restringe el significado de la protección del derecho del niño a la identidad? La persistencia de estas preguntas, que han dividido a los críticos durante años, significa que debemos buscar en otras fuentes un fundamento efectivo del derecho a conocer los orígenes³¹.

Derechos y libertades fundamentales

Los derechos y las libertades fundamentales definitivamente ofrecen una base más sólida como fuente. En primer lugar, tomemos el derecho a la igualdad, consagrado en numerosas constituciones del mundo, como la Carta de Derechos y Libertades de Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*)³². ¿Cómo puede haber igualdad si a determinadas personas se les niega el acceso a información básica que está al alcance de la mayoría? También pueden tener relevancia el derecho a la dignidad y el derecho al respeto de la vida privada. ¿Que un individuo no pueda acceder a información tan íntima y personal como la relativa a sus orígenes no implica una vulneración de estos derechos fundamentales?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha tenido que pronunciarse sobre estos temas, a la luz del artículo 8 del Convenio³³, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar:

"El respeto de la vida privada requiere que toda persona tenga la posibilidad de conocer los detalles relativos a su identidad como ser humano, y el derecho de los individuos a esta información tiene un rol esencial en el desarrollo de su personalidad"³⁴.

Esto no significa que cualquier restricción del derecho de acceso a un registro personal se considerará inválida. Los Estados tienen cierta discreción sobre el tema, pero deben procurar que exista un equilibrio justo entre los distintos intereses involucrados³⁵.

³¹ Para un resumen de las posibles interpretaciones, consultar Michelle Giroux, «Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques», en Tara Collins, Rachel Grondin et al. (dir.), *Rights of the Child. Proceedings of the International Conference / Ottawa 2007, «Bleue»*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, págs. 353 a 383.

³² Parte I de la Ley Constitucional de 1982 (*Loi constitutionnelle de 1982*) [anexo B de la Ley de Canadá (*Canada Act*) del Reino Unido, 1982, c. 11 art. 15(1)].

³³ Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [*Convention européenne des droits de l'Homme*].

³⁴ *Mikulic vs. Croacia*, N° 53176/99, ECHR 2002-I, N° 54. Ver también *Gaskin vs. Reino Unido*, N° 10454/83, ECHR 1989, N° 49; *Jaggi vs. Suiza*, op. cit. nota 8, y *Odièvre vs. Francia*, [GC] N° 42326/98, ECHR 2003-III, artículos 28, 29 y 44.

³⁵ *Ibidem*.

Por lo tanto, en el caso *Odièvre*³⁶, el Tribunal debió pronunciarse sobre la validez de la práctica francesa de "nacimiento anónimo", también conocida como *accouchement «sous X»*, que permite que la madre oculte su identidad, privando al niño de tener un lazo materno. Con un resultado de 10 votos contra 7, el Tribunal denegó la solicitud basándose en las disposiciones de una ley francesa que, desde 2002, permite que se revele la información sobre la identidad de la madre en la medida en que ésta haya dado su consentimiento previo³⁷. La postura mayoritaria fue que esa disposición establecía un equilibrio justo entre el derecho de la madre y el derecho del niño a la vida privada. Para la minoría disidente, el hecho de que la madre pudiera mantener su negativa le otorgaba una posición preferencial en relación con el niño. Según esta postura, el desequilibrio persistiría hasta que se creara un organismo independiente que pudiera arbitrar o resolver conflictos de intereses en los casos en que haya derechos contrapuestos³⁸.

Conclusión

Hoy en día, el debate sobre el acceso al conocimiento de los propios orígenes es un aspecto importante del derecho de familia. Tanto en materia de adopción como en materia de concepción artificial, la protección de los derechos del niño justifica una reestructuración de las normas que históricamente les han negado a ciertas personas el acceso a la información sobre su identidad. Se deben respetar sus derechos básicos.

La batalla está lejos de ser ganada en los países que han decidido atenerse al *statu quo*. Dado que las nuevas realidades de la vida familiar han demostrado que la tradición del anonimato es obsoleta, los sectores que se niegan a aceptarlo están elaborando nuevos argumentos que cuestionan el funcionamiento y la sustentabilidad de la concepción artificial. Estos sectores sostienen que si se deroga el principio de anonimato del donante, habrá una gran reducción en el abastecimiento de los bancos de esperma. Según su postura, ninguna persona querrá donar material genético para que otras personas puedan ser padres si no se les garantiza el anonimato. Pero los hechos han demostrado que este argumento es una falacia. Es cierto que, en la práctica, los países que derogaron el principio de anonimato tuvieron una disminución en el abastecimiento de los bancos de material genético, pero fue temporaria. Después de algunos años, las reservas comenzaron a reabastecerse en forma progresiva.

Lo que es aún más importante es que la derogación de este principio ha permitido que surja un nuevo tipo de donante, más conciente de las consecuencias de sus acciones y más sensible a la importancia que puede tener su rol en el desarrollo personal del sentido de identidad del niño. De hecho, la derogación ha llevado a que se reevalúe conceptualmente la concepción artificial, reemplazando el modelo de Théry de "ojos que no ven, corazón que no siente" por un modelo de "responsabilidad" en el que cada individuo reconoce la naturaleza particular de su contribución y respeta las contribuciones de las demás partes, en pos del interés superior del niño³⁹.

Este artículo es una traducción del francés.

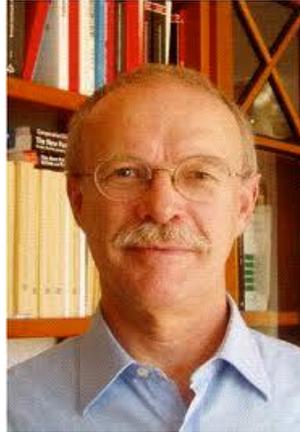
El **Profesor Alain Roy** es Doctor en Derecho y Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, Canadá. Se dedica especialmente a la investigación y la enseñanza en las áreas del derecho relacionadas con los niños, los jóvenes y la familia. Es autor de «*Droit de l'adoption*» publicado por Éditions Thémis, en Montreal, en 2010.

³⁶ *Odièvre vs. Francia*, nota 34.

³⁷ Ley N° 2002-93 del 22 de enero de 2002, J.O., 23 de enero de 2002, 1519. El Tribunal consideró que, a falta de estándares comunes a toda la UE para abordar este tema, los Estados debían tener cierto nivel de libertad para establecer mecanismos que reconciliaran los derechos contrapuestos de las distintas partes. En el caso *Odièvre*, el Tribunal resolvió que «Francia no sobrepasó los límites permitidos en virtud de la compleja y delicada naturaleza de los temas relacionados con los orígenes de las personas, teniendo en cuenta los derechos de cada persona a conocer su historia personal, las decisiones tomadas por los padres biológicos, los lazos existentes con la familia y los padres adoptivos». *Odièvre vs. Francia*, nota 36, artículo 49.

³⁸ *Odièvre vs. Francia*, nota 36, artículos 7 y 18 del fallo en disidencia. Se debe tener en cuenta que según la ley del 22 de enero de 2002, nota 37, sí existe un organismo público que puede intervenir en el proceso, "Le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)". No obstante, este organismo no puede pasar por encima de la negativa de una madre a que se permita el acceso a los datos sobre su persona, sea cual sea la justificación de dicha negativa. También se debe tener en cuenta que la necesidad de que exista un organismo independiente ya se había abordado en el fallo del caso *Gaskin vs. Reino Unido*, N° 10454/83, ECHR 1989, artículo 49.

³⁹ Théry, nota 4, pág.131.

Delincentes juveniles en instituciones de salud mental—una perspectiva europea**Dr Frieder Dünkel y
Dr Ineke Pruin****Dr Ineke Pruin****Dr Frieder Dünkel****1. Introducción**

Es bien sabido que una proporción significativa de los delincentes juveniles que se encuentran bajo custodia padecen trastornos o enfermedades mentales¹. Frecuentemente se ignoran o se subestiman los problemas de base. Esta alta prevalencia de prisioneros con trastornos mentales indica la importancia de realizar diagnósticos y ofrecer terapias psiquiátricas o psicológicas dentro de las prisiones.

No obstante, en este artículo no nos centramos en el sistema penitenciario, sino en las condiciones de vida y los derechos humanos de los jóvenes delincuentes a los que se les ha ordenado tratamiento psiquiátrico como parte de la sentencia y se los ha recluso en instituciones forenses dentro del sistema de salud mental. Hay información limitada sobre estos jóvenes delincuentes y frecuentemente no contamos con cifras exactas de cuántos han sido derivados a hospitales o instituciones de salud mental para recibir tratamiento en lugar de imputarlos penalmente.

Nuestro artículo analiza los datos arrojados por un cuestionario amplio que se envió a los 46 miembros del Consejo de Europa en 2006 / 2007 en el momento en que el Consejo estaba elaborando sus Reglas Europeas para Delincentes Juveniles Sujetos a Sanciones o

Medidas (*European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures*, ERJOSSM), Recomendación 2008 11. Como las normas de derechos humanos deben ser iguales en el sistema de bienestar, en el de justicia (antes del juicio y después de la sentencia) y en las instituciones psiquiátricas, el abordaje de la Recomendación, que toma un enfoque holístico de todos los delincentes juveniles dentro de las diversas instituciones, merece plena atención.

La parte general de la Recomendación referida a la privación de la libertad contiene 145 reglas (Reglas 49.1-107.2), en tanto en la parte más específica sobre instituciones psiquiátricas sólo agregan tres (Reglas 117-119). Los objetivos y los principios de rehabilitación — tales como establecer un plan general que contemple diversas actividades, regímenes con intervenciones individualizadas, contactos con el mundo exterior y preparación para la liberación y el cuidado continuo (durante todo el proceso), incluyendo cuidados posteriores con servicios que ya deberían prestarse durante el tratamiento institucional— deben ser aplicados en todo tipo de instituciones, ya sea de reclusión (tipo carcelaria), de servicios de acción social, psiquiátricas y de salud mental. Las reglas específicas para las instituciones de salud mental son que “*el tratamiento de problemas de salud mental... se determinará en base a criterios médicos exclusivamente*” y que “*las normas de seguridad se determinarán principalmente sobre la base de criterios médicos*” (Reglas 118 y 119).

Una Recomendación de 2003 del Consejo de Europa también merece atención y establece que “*para abordar el problema de la delincuencia juvenil sería, violenta y persistente, los Estados miembro deberían elaborar un espectro más*

¹ En su análisis sistemático de 62 estudios realizados en 12 países, Fazel y Danesh (2002) determinaron que aproximadamente 15% de los reclusos carcelarios (adultos y jóvenes) pueden ser clasificados como enfermos mentales severos de acuerdo con los patrones tradicionales de enfermedades psiquiátricas, que incluyen esquizofrenia, depresión severa, etc. En un análisis posterior de 25 encuestas focalizadas en los delincentes juveniles y adolescentes, se encontraron tasas aún más altas de prevalencia. Fazel/Doll/Långstrom (2008).

*amplio de sanciones y medidas comunitarias innovadoras y más efectivas, sin perder de vista la proporcionalidad. También deberían abordar las conductas delictivas y las necesidades de los delincuentes*². Esta regla hace referencia a los delincuentes juveniles con trastornos psicológicos y problemas psiquiátricos.

2. El cuestionario

Treinta y tres de los cuarenta y seis Estados miembro entregaron las respuestas al cuestionario, pero varios no respondieron a la totalidad del cuestionario³. Esto obedeció a diversas razones. El cuestionario era muy ambicioso, contenía aproximadamente 200 preguntas. Las preguntas cubrían áreas de responsabilidad de diversos ministerios, por lo tanto los Estados miembro debían seguir un procedimiento engorroso y algunas divisiones o departamentos no estaban siempre disponibles para entregar la información en forma oportuna.

Se experimentaron diversos problemas para proveer información sobre la cantidad de delincuentes juveniles que se encontraban en instituciones de salud mental⁴. Esto se puede explicar en parte por el hecho de que en muchas de dichas instituciones no se separa estrictamente a los jóvenes de los adultos y por lo tanto no cuentan con estadísticas diferenciadas, ni siquiera para las propias autoridades nacionales. Por lo tanto, no hay suficientes datos estadísticos disponibles para comparar variaciones en la cantidad de detenidos entre las respectivas instituciones y países, o para analizar grupos específicos de delincuentes.

El Consejo de Europa publicó nuestro análisis resumido de las respuestas a todo el cuestionario⁵ en 2009.

3. Aspectos legales de la internación en instituciones de salud mental

Sólo 18 de los 33 países que respondieron proporcionaron información sobre la *legislación aplicable*⁶.

Las respuestas indicaron que las *causas* para internar a un joven en un hospital para enfermos

mentales son muy similares en todos los Estados miembro y que tal privación de la libertad se utilizar sólo como último recurso. Se usa particularmente cuando hay signos de enfermedad mental que pueden ser relevantes para determinar imputabilidad penal. No es la gravedad del delito sino la gravedad de la enfermedad mental lo que determina la internación en una institución psiquiátrica⁷. Los países escandinavos enfatizaron este aspecto, al igual que Letonia, Austria y Alemania.

Los sistemas de legislación penal basados en el abordaje de dos vías (*twin-track approach*), como por ejemplo el de Austria y Alemania, que prevén sanciones para los delincuentes imputables y medidas penales especiales para rehabilitar a los delincuentes y proteger al público de los delincuentes insanos "peligrosos". Típicamente contienen estas sanciones dentro de sus códigos penales, aunque la implementación y aplicación de las medidas pueden ser reguladas dentro de la legislación sobre salud mental.

Las causas de internación son generalmente necesidades de salud mental, intervención en crisis (también con fines diagnósticos) y la gravedad de un delito penal en conexión con trastornos graves de salud mental⁸. La internación de delincuentes juveniles no siempre se hace mediando orden de obligatoriedad, pero se puede hacer con el consentimiento del joven y sus padres o tutores legales, particularmente en el campo de acción social juvenil o de legislación civil de familia⁹.

Cuando hay una orden judicial de derivación, en la mayoría de los casos proviene de un *juzgado de instrucción* que decide internar a un joven en una institución de salud mental. Hay distintos

⁷ La gravedad del delito puede incluirse entre los factores que indican la necesidad de administrar tratamiento psiquiátrico en forma obligatoria. Por ejemplo, el Artículo 94 del Código Penal Ucraniano dispone que "se pueden imponer medidas médicas obligatorias dependiendo de la gravedad del cuadro mental; la gravedad de una acción cometida y el grado de peligrosidad del delincuente para sí mismo y para terceros."

⁸ En Finlandia se puede obligar legalmente a un menor a recibir tratamiento en un hospital psiquiátrico contra su voluntad, si a) la persona necesita tratamiento por un trastorno mental severo que, en caso de no ser tratado, puede deteriorar o poner en grave riesgo su propia salud o seguridad o la seguridad de terceros y, si todos los otros servicios de salud mental son inadecuados. (Ley de Salud Mental, artículo 8), b) se requiere el examen mental de un sospechoso (Ley de Salud Mental, artículos 15 y 16) o c) se necesita una evaluación para tratamiento psiquiátrico hospitalario o se necesita un tratamiento posterior para una persona que no ha sido sentenciada a causa de su insania (Ley de Salud Mental, artículos 21 y 22).

⁹ Bélgica presentó un informe sobre un interesante proyecto piloto dentro del Servicio de Salud Pública que crea unidades especiales para jóvenes con signos de trastornos de salud mental. El equipo tratante es interdisciplinario, la internación se hace por orden judicial, pero se imparte una orden de acción social que apunta a coordinar los aspectos terapéuticos necesarios. Esta medida puede durar sólo 6 meses y se la puede renovar una sola vez durante hasta 6 meses.

² "Nuevas formas de tratar a los delincuentes juveniles y el rol de la justicia juvenil", CoE Rec (2003) 20 (Regla 8)

³ En este caso, se considera que Inglaterra y Gales, junto con Escocia, conforman un solo Estado miembro. Los siguientes Estados miembro no respondieron: Albania, Azerbaiján, Bosnia Herzegovina, Croacia, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Moldavia, Polonia, Rumania, Serbia, Eslovenia y la ex República Yugoslava de Macedonia. Montenegro se incorporó como Estado miembro el 1 de julio de 2007, cuando nuestro estudio ya estaba terminado.

⁴ Por ejemplo, los datos estadísticos publicados por el Consejo de Europa (SPACE) indican sólo los números totales de delincuentes con enfermedades mentales alojados en instituciones psiquiátricas sin diferenciación por edad.

⁵ Dünkel, F., Pruin, I. (2009):

⁶ Cinco países—Bélgica, Estonia, Finlandia, Alemania y Suecia—indicaron que cuentan con versiones en idioma inglés de la legislación relevante.

modelos en Escandinavia; en Finlandia la remisión es preparada por varios peritos médicos y decidida por un *tribunal administrativo* de acuerdo con la Ley de Salud Mental (art. 9-11).

Como las órdenes de salud mental para delincuentes juveniles típicamente tienen una duración indeterminada, la cuestión de *quién decide sobre el alta* es crucial. En Austria y Alemania una rama especial del tribunal (3 jueces) es responsable de la decisión de dar el alta, en Suecia una corte administrativa es la que decide y en Finlandia la decisión está a cargo de la Autoridad Nacional para Asuntos Médico-Legales. En Noruega los profesionales de salud mental de la institución tienen la facultad de ordenar la liberación de una persona trasladada. Además, el profesional de salud mental puede pedir a la corte que transfiera al delincuente a una institución penitenciaria. En general, la renovación, traslado y alta de un tratamiento psiquiátrico obligatorio son ordenadas por una corte sobre la base de la recomendación experta de personal médico, normalmente los médicos que participan del tratamiento, pero algunas veces —como en Alemania— también por peritos psiquiatras externos.

Los nueve países que respondieron la pregunta sobre este punto enfatizaron que sólo *servicios públicos (y no privados)* participan en el tratamiento de delincuentes con trastornos mentales¹⁰.

Sólo cinco países informaron los *costos netos diarios*, con cifras que iban desde €22 en Letonia y €38 en Estonia, hasta €268 en Alemania, €537 en Austria y Suecia informó un rango de €400 a 1 200. Aún considerando diferentes niveles de ingreso y costos de las necesidades básicas, todo indica que el nivel y la calidad de los servicios varía significativamente.

En general, los *límites de edad* para derivar a un delincuente juvenil a una institución psiquiátrica son los mismos que para la imputabilidad penal¹¹. No obstante, las sentencias de derecho civil pueden hacer que niños con enfermedades psiquiátricas que no han alcanzado la edad de imputabilidad penal sean internados en instituciones psiquiátricas.

Como las medidas que se aplican a los delincuentes juveniles con enfermedades mentales son de *naturaleza indeterminada*, generalmente no hay un período *mínimo o máximo* predeterminado. En Estonia, sin embargo, hay un período fijo mínimo de 6 meses para la derivación a una institución psiquiátrica.

En general, el *principio de proporcionalidad* también se aplica a la imposición e

implementación de la derivación a una institución psiquiátrica. Por ejemplo, en Austria, este tipo de internación sólo es posible si el delito cometido es susceptible de una sanción de más de un año de cárcel. En Alemania, el tratamiento obligatorio por abuso de drogas y alcohol en una institución del sistema de salud puede durar dos años como máximo. En muchos países es necesario proceder a una revisión cada seis meses en caso de prolongación del tratamiento (en Suecia cada seis meses, en Austria y Alemania una vez transcurrido un año y en Grecia cada tres años). Como se señala anteriormente, no es la gravedad del delito sino la *gravedad de la enfermedad mental* lo que determina la internación en una institución psiquiátrica¹².

En algunos países existen disposiciones especiales para delincuentes derivados a instituciones psiquiátricas para *observación y diagnóstico*. En Finlandia, para poder solicitar más estudios o tratamiento se debe contar con el dictamen de un perito dentro de los cuatro días. Los tratamientos obligatorios no pueden durar más de tres meses. Las extensiones de hasta seis meses requieren la aprobación del Tribunal Administrativo y cualquier tratamiento obligatorio más prolongado requiere de una decisión de la Autoridad Legal responsable de los Asuntos Médico-legales.

4. Marco legal y administrativo de las instituciones de salud mental

En esta sección nos referimos a dieciséis aspectos de la organización de las instituciones de salud mental. No obstante, fueron pocos los países que respondieron a esta parte del cuestionario.

- **Ministerio responsable (9 países)**

La responsabilidad sobre la organización y las condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas que alojan a delincuentes generalmente corresponde a los Ministerios de Asuntos Sociales o Salud¹³. Esto lleva a un enfoque diferente del Ministerio de Justicia que es responsable de las cárceles ya que tiene un enfoque terapéutico y además el personal de las instituciones psiquiátricas está conformado principalmente por profesionales de la salud.

- **Principios guía (7 países)**

La respuesta de Finlandia al cuestionario, basada en la Ley de Salud Mental de Finlandia y otras leyes administrativas, explica mejor los principios que rigen la derivación a una institución psiquiátrica:

¹² Ver nota 7 más arriba.

¹³ El informe de Estonia manifestó que hay responsabilidad conjunta entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Sociales. Las autoridades de Letonia informaron que el Ministerio de Educación es responsable de la educación en los departamentos psiquiátricos para delincuentes juveniles operados por el Ministerio de Salud.

¹⁰ Excepto que en el marco del proyecto piloto belga mencionado anteriormente pueden participar algunos hospitales privados.

¹¹ Dünkel *et al* (2010).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- o el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos (por ej. el derecho a la auto determinación);
- o respeto por los derechos del niño, prioridad en el interés superior del menor;
- o promoción de la salud psiquiátrica y el desarrollo, el bienestar y la capacidad de funcionar;
- o prevención y tratamiento de las enfermedades y trastornos psiquiátricos;
- o rehabilitación médica, social y profesional; y
- o priorización de los tratamientos ambulatorios¹⁴.
- o Estos principios son probablemente similares en la mayoría de los países.

• Ubicación geográfica (7 países)

Finlandia informó:

las instituciones destinadas a tratamientos y cuidados están situadas casi sin excepción (al igual que otros hospitales e instituciones de salud) en centros poblados, o en sus alrededores, de modo que los pacientes puedan ser enviados en primer lugar a un hospital de su ciudad o área de residencia.

El principio de ser asignado a una institución cercana a los hogares o centros de rehabilitación social parece ser ampliamente reconocido y probablemente sea práctica normal en muchos países porque las unidades para delincuentes juveniles generalmente están situadas dentro de un gran complejo de atención psiquiátrica.

• Normas de internación (7 países)

Se informa que en Bélgica se aplican estándares muy estrictos, ya que los delincuentes juveniles derivados a instituciones psiquiátricas son alojados en unidades independientes con 8 habitaciones individuales. Estas unidades cuentan con salas de tratamiento, salas de recreación (por ejemplo para actividades grupales) y pueden incluir salas para acompañantes si se considera beneficioso contar con la presencia de un familiar. Si los dormitorios son compartidos, el máximo permitido es cuatro camas. Las leyes belgas establecen normas muy estrictas respecto del *espacio mínimo* para los jóvenes que se encuentran en instituciones psiquiátricas: las habitaciones deben tener por lo menos 8 m², las habitaciones compartidas para jóvenes de más de diez años 6 m², para menores de diez años 5 m² y para niños de menos de tres años 3m² por persona¹⁵.

¹⁴ Respuestas muy similares se dieron en la respuesta sueca respecto de la Ley Sueca de Salud y Servicios Médicos.

¹⁵ Además, hay normas específicas para la arquitectura de las instalaciones sanitarias en Bélgica. Debe haber una pileta con agua corriente cada dos pacientes, un baño (con ducha) cada 10 pacientes y un inodoro cada 5 pacientes. También se dispone que debe haber un jardín, terrazas o patios disponibles para que los pacientes puedan caminar en el exterior.

En Estonia, una sala general de hospital tiene 7 m² por persona, las habitaciones individuales 8 m² y las salas especiales para vigilancia 9 m².

La norma en el estado alemán de Bavaria es contar con habitaciones de dos camas cada una con un toilet/ducha instalados en pequeñas unidades de vivienda con una ocupación promedio de 14 pacientes por unidad, diseñados de manera de asemejarse lo más posible a las condiciones normales de vivienda en el hogar.

En Grecia todos los pacientes viven en habitaciones con 2 a 4 camas. También hay una sala para actividades sociales y una sala especial para recibir visitas.

Finlandia y Suecia respondieron que su legislación no establece normas sobre las condiciones de alojamiento.

• Diferenciación, clasificación y separación (7 países)

Algunos países proporcionan alojamientos separados para varones y mujeres, madres jóvenes y grupos específicos de delincuentes o grupos etarios. Esto se hace difícil debido a la pequeña cantidad de delincuentes juveniles alojados en instituciones psiquiátricas. En Finlandia se hace una diferenciación entre el alojamiento de niños de menos de siete años de los de edad escolar, pero las unidades de vivienda son mixtas (varones y mujeres). En algunas ocasiones se crean unidades especiales para tratamientos especiales (por ejemplo: una unidad para pacientes con trastornos alimenticios, una unidad para familias) o en función de la gravedad de la enfermedad o dificultad terapéutica. En Alemania, los varones y las mujeres viven en la misma unidad pero duermen en habitaciones separadas por la noche. En Letonia los delincuentes juveniles de 14-15 años son alojados en instituciones psiquiátricas para menores (mixtas), los de más de 15 años en instituciones para adultos, en las que el alojamiento es mixto sólo cuando hay vigilancia especial.

• Programas educativos y de rehabilitación (7 países)

En general los programas son creados por la ley: trabajo escolar, tratamiento psicológico y de otra índole, actividades para el tiempo libre, etc. Pero sólo algunos países describieron cómo se estructuran dichos programas y quién es responsable de administrarlos. Bélgica informó contar con una interesante red de programas institucionales internos y actividades y servicios organizados en forma externa por los municipios y diversas organizaciones estatales y privadas. Los programas deben ser temporarios ya que, en virtud de lo dispuesto por la ley, sólo pueden durar seis meses, con la posibilidad de extenderlos por otros seis meses.

En Finlandia el enfoque general incluye diversas terapias, actividades supervisadas y recreativas y,

dentro de lo posible, formación de tipo práctico, etc. Estas terapias no son especificadas por la legislación. La asistencia escolar de los niños de edad escolar obligatoria (generalmente entre los 7 y los 17 años), se rige por la Ley de Educación Básica, dependiendo de su condición y capacidad, estos niños y jóvenes asisten a la escuela en el hospital. En la mayoría de los casos asisten a la escuela del hospital, pero, si resulta necesario, se les asignan tutores especiales.

En Alemania, equipos multidisciplinarios preparan a los pacientes para el Certificado de Finalización de la Escuela Secundaria de Nivel Inferior o Intermedio. También se ofrecen cursos de idioma alemán, actividades de formación vocacional – como programas de aprendices durante el tiempo de permanencia en el hogar, y actividades recreativas para el tiempo libre.

En Letonia se ofrece un plan integral con actividades terapéuticas, educativas y vocacionales.

• **Tratamiento obligatorio (8 países)**

Las respuestas no fueron siempre explícitas, pero los países que aplican medidas especiales para el tratamiento del abuso de alcohol o drogas, como Alemania y Suecia, evidentemente administran los tratamientos en forma obligatoria cuando corresponde¹⁶.

La respuesta *finlandesa* fue la más abarcativa y muestra gran sensibilidad y consideración ejemplar por los derechos humanos:

Si un joven de menos de 18 años pone en serio peligro su propia salud o desarrollo a causa del uso indebido de sustancias, la Ley de Bienestar Infantil (artículo 16) establece que, cuando resulte necesario, se pondrá al menor bajo custodia y se le proporcionarán cuidados sustitutos. Durante este período bajo cuidados institucionales, el menor puede quedar sujeto a las restricciones establecidas por la Ley de Bienestar Infantil, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer la necesidad de custodia y salvaguardar la salud o seguridad del menor o de cualquier otra persona, según lo dispuesto por la Ley. Los procedimientos se aplicarán con el mayor de los cuidados y respetando la seguridad y la dignidad humana del menor (artículo 30a).

Sería deseable que la legislación de otros países adopte este mismo enfoque.

• **Contactos con el mundo exterior (6 países)**

En Bélgica, el *contacto* de los delincuentes juveniles con el mundo exterior (visitas regulares, visitas prolongadas de la familia, salidas, etc.) sólo es posible mediando permiso del juez de menores.

En Alemania, “Desde el comienzo de la terapia, los delincuentes juveniles pueden recibir visitas en forma regular; luego se permiten salidas con miembros del personal; más adelante se les permiten visitas al hogar —durante algunas horas por vez durante el día al principio y luego también durante los fines de semana. Además, existe la posibilidad de ‘salidas al hogar’ y de trabajo fuera del centro.”

En Grecia “a todos los pacientes se les permite recibir visitas tres veces por semana sujeto a aprobación médica y dependiendo de sus condiciones de salud”.

Estas disposiciones de Alemania y Grecia son notables en el sentido de que las oportunidades de contacto con el mundo exterior están mucho más desarrolladas que en las prisiones juveniles, etc, aunque en general se considera que los pacientes psiquiátricos representan un ‘peligro’ para el público (o para sí mismos).

En Suecia, en virtud de las disposiciones de la Ley de Cuidados Mentales Forenses, los pacientes pueden tener permiso de salir de la institución médica durante un cierto período de tiempo. Esta ley no regula otras formas de contacto.

En Letonia sólo se permiten visitas a la institución—especialmente de la familia (y del tutor legal). No se permiten las salidas del paciente fuera de la institución.

• **Participación de los padres (7 países)**

El énfasis que se le da a este aspecto varía considerablemente. Bélgica permite que los padres pidan que el joven sea trasladado a la familia si el tipo de enfermedad mental y las opciones de tratamiento permiten la atención en el marco familiar. En Finlandia “el contacto de los menores con sus padres/tutores y la cooperación con ellos durante el tratamiento psiquiátrico del menor es de máxima importancia”¹⁷. No obstante, en la vecina Estonia, las autoridades muestran cierta renuencia, disponiendo que “si es necesario es posible hacer participar a los padres.” Suecia señaló que, de acuerdo con la Ley de Cuidados Mentales Forenses de su país, los familiares participan, a menos que se lo considere inapropiado¹⁸.

¹⁷ La respuesta de Alemania fue similar: “Establecer contacto con los padres y familiares y las conversaciones con los padres es una parte esencial del programa terapéutico. En el curso del tratamiento también se permiten las visitas al hogar junto con los familiares y las visitas de fines de semana para visitar familiares. La preparación para el alta se hace con la participación del contexto social en el que se manejará el paciente.” Además, las autoridades de Letonia enfatizaron el “importante rol” de integrar a los padres, especialmente en períodos de preparación para el alta.”

¹⁸ Esto se corresponde con las ERJOSSM que expresan esta reserva en el Principio Básico N° 14 (...“salvo cuando ello no sea conforme con el interés superior del menor”).

¹⁶ Sólo Letonia negó explícitamente la posibilidad de tratamiento obligatorio.

• **Finalización de la institucionalización y seguimiento (7 países)**

En Suecia, los procedimientos para finalizar el tratamiento pueden ser iniciados por el propio joven o por cualquier otra persona interesada (por ej. los padres), pero generalmente es el director médico el que recomienda el alta. Luego actúa el fiscal y es posible que resulte necesario hacer una evaluación psiquiátrica formal (e independiente). Al igual que con la decisión sobre institucionalización, es el juez quien decide respecto del alta.

De modo similar, en Finlandia, la decisión de concluir un tratamiento es tomada en primer lugar por el médico a cargo del tratamiento del menor, pero si se deniega el alta, se puede recurrir a las autoridades judiciales administrativas.

En preparación para el alta, pueden colaborar otros servicios —por ejemplo el servicio de libertad condicional o las agencias de bienestar social— y algunas veces su participación es obligatoria.

Bélgica hizo referencia a un proyecto modelo¹⁹ en el que las instituciones psiquiátricas y los servicios de seguimiento (privados) de las comunidades trabajan en estrecha colaboración a fin de facilitar el proceso de reintegración social.

Una vez más, la respuesta finlandesa demostró la aplicación de buenas prácticas:

En la práctica, cualquier tratamiento de control u otras medidas de contención dirigidas a un menor, después del tratamiento hospitalario, se planifican cuidadosamente, teniendo en cuenta las necesidades individuales del menor y en cooperación con todas las partes afectadas, incluyendo las autoridades de salud y las autoridades escolares y de acción social. Además, es posible disponer visitas de control del menor a la clínica ambulatoria del hospital donde fue tratado.

Sin embargo, algunos de los pocos países que respondieron se refirieron a los problemas que aún experimentan los sistemas nacionales. Grecia señaló que no cuenta con “ningún procedimiento estructurado” y Letonia señaló que el servicio de libertad condicional del estado sólo trata a personas privadas de la libertad. Parece haber problemas estructurales debido a la carencia de servicios de seguimiento, especialmente en Europa Central y del Este, pero también en los países del sur de Europa y probablemente en otros sitios. Por otro lado, los países escandinavos parecen haber desarrollado formas mucho más integrales de apoyar la transición de la detención psiquiátrica a la libertad. Suecia, por ejemplo, señaló:

La preparación para el alta generalmente incluye diversos permisos para salir de los límites de la

institución médica durante un cierto tiempo, atendiendo a las disposiciones de la Ley de Cuidados Mentales Forenses. La cooperación con las agencias de servicios sociales es parte de este proceso.

• **Transferencia a otras instituciones (7 países)**

Bélgica informó que se puede indicar la transferencia a otra institución que brinde un tratamiento más adecuado siempre que se cuente con el consentimiento del director de la institución médica. El joven y sus representantes deben ser informados y pueden objetar la propuesta por escrito dentro del plazo de ocho días. El juez de menores y el fiscal también deben ser informados.

La respuesta finlandesa enfatizó que las adicciones a sustancias pueden recibir tratamiento en las instituciones psiquiátricas juveniles como parte del tratamiento psiquiátrico general del paciente:

Si después del tratamiento psiquiátrico hospitalario el joven necesita tratamiento de control en una institución especializada en abuso de sustancias, se planeará e implementará el traslado (al igual que con cualquier otro tratamiento y procedimiento de seguimiento) siguiendo un plan de tratamiento y con la cooperación del joven, sus padres y las personas a cargo del seguimiento.

La mayoría de los otros países que respondieron indicaron algunos problemas ya que no hay procedimientos estructurados o regulados para estos tratamientos prolongados.

• **Mantenimiento del orden (7 países)**

En todas las jurisdicciones hay disposiciones sobre las medidas para mantener el orden: medidas de seguridad, medidas disciplinarias, uso de la fuerza, etc. Por lo tanto resulta sorprendente que las pocas respuestas a las preguntas sobre este tema fueron escuetas y vagas. La única que merece ser mencionada es la respuesta de Finlandia:

El Artículo 4a de la Ley de Salud Mental dispone que el derecho a la auto determinación y otros derechos básicos de un paciente sujeto a exámenes o tratamiento psiquiátrico involuntario puede restringirse sólo en la medida necesaria por el tratamiento de su enfermedad, por su seguridad o por la seguridad de cualquier otra persona o por cualquier otro interés según lo dispuesto por la ley. Los procedimientos aplicados tendrán en cuenta la seguridad del paciente y el respeto por su dignidad. La legislación cuenta con disposiciones detalladas sobre cómo se deben implementar, registrar y monitorear estos procedimientos que pueden consistir en: restricción del movimiento o contacto, aislamiento, detención, medicación involuntaria, tratamiento involuntario de enfermedad física, inmovilización, inspección y

¹⁹ Ver nota 9 más arriba.

confiscación de las pertenencias del paciente y cacheo"²⁰.

- **acceso a asistencia legal (5 países)**
Los cinco países que respondieron manifestaron que el acceso a asistencia legal está garantizado. Una investigación más profunda podría permitir explorar cuán efectivos son dichos procedimientos en la práctica.

- **procedimientos de presentación de quejas (7 países)**
Las respuestas sobre los procedimientos para la presentación de quejas fueron bastante insatisfactorias ya que no quedó claro en qué medida las decisiones de las instituciones psiquiátricas están sujetas a denuncias formales en la justicia. Fue una buena decisión enfatizar estos temas en las Partes IV y V de las ERJOSSM sobre el asesoramiento legal y los procedimientos para la presentación de quejas (Reglas 120-124).

La pregunta más concreta sobre el "acceso, si existe, que tienen los jóvenes a un tribunal u otro organismo administrativo para revisar las decisiones administrativas relacionadas con medidas disciplinarias, el régimen al que están sujetos y otros aspectos de la implementación de la detención. En algunos países no parece ser posible, pero en general, hay algunos procedimientos que garantizan al menos algún grado de protección, aunque no siempre se trate de un tribunal formal sino de instituciones como el defensor del pueblo u organismos de supervisión del sistema de salud mental (por ej. Suecia, Grecia).

- **inspecciones (7 países)**
Las inspecciones regulares por parte de los gobiernos y los organismos independientes están pasando a ser la norma en Europa. Las pocas respuestas a nuestro cuestionario indicaron que se realizan inspecciones en forma regular, tanto por parte del estado como de organismos independientes. En Estonia y Finlandia participa el defensor del pueblo. En Grecia los responsables son el Comité para la Protección de los Derechos de las Personas con Trastornos Mentales y el Defensor del Pueblo; en Letonia la Oficina de Derechos Humanos del Gobierno de Letonia, la Inspección de Control de Calidad en los tratamientos (MADEKKI) y un Defensor del Pueblo (creado en 2007); en Suecia la Junta Nacional de Salud y Bienestar y el Defensor del Pueblo.

²⁰ La respuesta sueca fue similar: Las medidas para mantener el orden son "reguladas por la Ley de Cuidados Mentales Forenses. Existe un requerimiento general para mantener la seguridad en las instituciones y exigencias específicas para el personal, las instalaciones y los equipos para mantener la seguridad. Esta disposición permite aplicar las medidas necesarias para impedir que los pacientes se fuguen y para mantener el orden en la institución".

- **diferencias con las instituciones para adultos (7 países)**

En la mayoría de los países parece probable que no haya diferencias dado que los jóvenes infractores se encuentran alojados en la misma institución que los adultos y no siempre están claramente separados. Sólo algunos pocos países indicaron diferencias. Una vez más, los comentarios de Finlandia y Alemania merecen atención especial. Las respuestas finlandesas confirmaron la aplicación de algunos requisitos especiales para los infractores juveniles que se encuentran alojados en instituciones psiquiátricas:

Toda persona que preste atención psiquiátrica a los menores debe tener una formación profesional adecuada. El examen y tratamiento de niños y jóvenes, diferenciándolos del tratamiento de adultos, requiere contar con el conocimiento de las características evolutivas de los niños y los jóvenes. También es más importante con los niños que con los adultos trabajar incluyendo a las familias y a otras personas que son relevantes en la vida del menor (por ej. la escuela y las autoridades escolares). Proporcionalmente, las unidades para niños y jóvenes están dotadas de más personal que las unidades de adultos. ... La Ley de Salud Pública (Artículo 41) y la Ley de Cuidados Médicos Especializados (Artículo 10) obligan a las autoridades aplicables a brindar capacitación para mantener actualizado al personal de salud.

En el mismo sentido, el comentario alemán señalaba las diferencias:

Las diferencias residen, por sobre todas las cosas, en las siguientes áreas: trabajo educativo adicional, escolaridad, capacitación más intensiva, fortalecimiento de la función de modelo de roles de los terapeutas, otras competencias legales y jurisdicciones de los jueces juveniles y la mayor importancia de promover las actividades recreativas de estos jóvenes durante su tiempo libre.

Las autoridades suecas mencionaron otro aspecto:

Las unidades de alojamiento son más pequeñas y más parecidas al hogar.

Aunque la escala del cuestionario pudo haber tenido un efecto algo "disuasivo", lo que significó que muchos países no respondieran a esta parte del cuestionario, el ejercicio resultó valioso. Hemos identificado buenas prácticas (ver países escandinavos) y también problemas en diversos países. Los resultados podrían representar un punto de partida para una investigación más profunda que evidentemente se necesita en esta área.

5. Jóvenes infractores alojados en instituciones de salud mental en la práctica, el caso de Alemania

Normalmente, Alemania es un país que cuenta con muchos datos estadísticos sobre las

cuestiones penales, pero en el caso de los jóvenes delincuentes alojados en instituciones de salud mental, los datos son muy limitados, al igual que en otros países. No obstante, hay muy pocos estudios disponibles para Alemania que puedan proporcionar alguna evidencia sobre la ubicación y las condiciones de vida de los delincuentes juveniles alojados en instituciones de salud mental.

En el año 2006, se consultó a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Sociales de los estados federales (**Länder**) responsables de la organización de instituciones de salud mental sobre la cantidad de jóvenes alojados en instituciones de salud mental y sus condiciones de vida. Respondieron trece de los 16 estados²¹. Las respuestas permiten las siguientes comparaciones (aún limitadas).

En promedio, en el año 2006 había 282 delincuentes juveniles de edades entre 14 y 21 años alojados en instituciones de salud mental. Treinta y seis de ellos tenían entre 14 y 17 años, 175 eran adultos jóvenes entre 18 y 20 años y para los restantes 71 no se indicó el rango de edades. Dos estados federales (Rhineland Palatinate y Hesse) contaban con datos sólo de los jóvenes que habían sido detenidos antes de cumplir 18 años. Esto significa que los infractores que tenían 18 años o más en el momento de cometer el delito no están incluidos en estos datos, aunque la mayoría de los jóvenes que están en instituciones de salud mental pertenecen al grupo etario de adultos jóvenes²². Durante los últimos diez años los investigadores observaron un aumento en las tasas de internación de infractores juveniles de 18 a 20 años. Esta tendencia también se ha observado en el tratamiento de los delincuentes adultos.

Si observamos las tasas de internación, se pueden observar diferencias significativas entre los distintos estados federales: según un estudio del año 2000²³, en Saxony-Anhalt había 9 delincuentes juveniles cada 100.000 habitantes en instituciones de salud mental, en tanto en Rhineland Palatinate había sólo 1 delincuente juvenil cada 100.000 habitantes. De acuerdo con el estudio, se hace una estricta separación de los delincuentes adultos y jóvenes en 5 de los 16 estados federales. La duración promedio estimada de internación variaba entre 2 años en Hesse o Saxonia y 4 años y medio en Baviera.

En el año 2007, otro proyecto de investigación recopiló y analizó datos de seis hospitales especializados en salud mental para jóvenes²⁴.

En promedio, durante ese año había 100 jóvenes²⁵ cada día recibiendo tratamiento en las seis instituciones. Las condiciones de vida eran bastante satisfactorias, con alojamiento nocturno (en general individual), escolaridad y actividades recreativas. Por otro lado, prácticamente no cuentan con instalaciones para facilitar el trabajo de los internados de más edad. Además, se estaba percibiendo cierta presión por el hecho de que el aumento en la cantidad de adultos jóvenes y adultos de más de 21 años alojados estaba causando problemas de sobrepoblación. La escolaridad estaba organizada dentro de la unidad y algunos internos tenían permiso de salida para asistir a la escuela del hospital. A todos los pacientes se les podía ofrecer escolaridad. Esto es digno de señalar porque no siempre los jóvenes privados de la libertad pueden acceder a la escolaridad, por ejemplo en Berlín.

Con respecto a los infractores juveniles liberados en los años 2006 y 2007, la estadía promedio había sido de 42 meses²⁶. Esto también merece ser señalado, porque en promedio, las sentencias a prisión en Alemania son por un período de uno a dos años. Por lo tanto, pareciera que los jóvenes alojados en instituciones de salud mental permanecen un tiempo comparativamente más largo que los que son reclusos en cárceles.

Después de cumplir 18 años, los adultos jóvenes son generalmente trasladados a una institución de adultos. El traslado de los adultos jóvenes a instituciones de salud mental poco después de cumplir 18 años ha sido muy criticado por investigadores y profesionales²⁷. Una crítica especial es que el traslado se debe exclusivamente a la falta de capacidad o a la conveniencia administrativa y tiene efectos adversos en el desarrollo y el tratamiento del joven que debe reiniciar una vida bajo nuevas condiciones después de perder las relaciones personales con otros internos o con el personal. En sólo dos de las instituciones que participaron del estudio los jóvenes podían quedarse en el hospital de salud mental todo el tiempo que necesitaban para completar la escuela o para recibir capacitación laboral. La transferencia precoz a las instituciones de adultos implica el riesgo de que el joven, ahora ya un adulto joven, experimente a los adultos como modelos negativos de roles.

Otro motivo de crítica es la naturaleza indeterminada de la orden de internación en instituciones de salud mental. En Países Bajos, por ejemplo, se han establecido límites de tiempo para la internación de jóvenes en hospitales psiquiátricos. Por supuesto, estos límites de

21 Stöver *et al.* 2008, p. 256.

22 En el sistema penal alemán, los delincuentes de 18 a 21 años de edad generalmente son tratados dentro del sistema de justicia juvenil, ver Dünkel (2010), p. 587 ff.

23 Stöver *et al.* 2008, p. 256.

24 *Ibidem*, p. 257 f.

25 Una vez más, los datos se relacionan sólo con jóvenes institucionalizados antes de cumplir 18 años.

26 *Ibid.*, p. 259.

27 Stöver *et al.* 2008, p. 261.

tiempo sólo tienen sentido si existe la oportunidad de recibir tratamiento fuera del hospital después del alta si el delincuente lo necesita y esto contribuye a la protección del público en general. En Alemania se brindan tratamientos de seguimiento y en 2007 se introdujeron las ambulancias forenses²⁸ en todo el país. Debido a la escasa cantidad de expertos psiquiatras con experiencia en casos de justicia juvenil, los programas de tratamiento y servicio frecuentemente son administrados por psiquiatras no especializados que están familiarizados con las necesidades específicas de los jóvenes y frecuentemente los informes psiquiátricos judiciales son realizados por psiquiatras que no están especializados en la problemática juvenil. De acuerdo con un psiquiatra juvenil, esto conduce a la "patologización" de algunas conductas juveniles²⁹, y a una comparativamente escasa comprensión de las condiciones que deben cumplirse para la internación en estas instituciones.

6. Resumen y perspectivas

La situación de los delincuentes juveniles en instituciones de salud mental varía considerablemente en toda Europa. La impresión que deja este estudio es que nuestro conocimiento en esta materia es bastante limitado. Sabemos mucho más sobre los delincuentes juveniles que se encuentran en instituciones de los Ministerios de Justicia que los que se encuentran en tratamientos de salud mental. A este último grupo lo podríamos denominar "la minoría olvidada", por lo cual es necesario continuar investigando. Se deberían llevar a cabo estudios similares a los que se han hecho en la investigación sobre los delincuentes juveniles "normales" y sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia juvenil³⁰ respecto de los delincuentes juveniles con trastornos mentales.

Pareciera que las normas legales para la aplicación de órdenes de internación de delincuentes juveniles con trastornos mentales están menos desarrolladas que las aplicables a los jóvenes reclusos bajo los regímenes del Ministerio de Justicia. Por otro lado, los regímenes aplicables a los jóvenes con trastornos mentales están principalmente orientados al tratamiento y a la educación. Aunque la detención segura de delincuentes "peligrosos" tiene un rol importante, prevalecen las cuestiones médicas y de salud. Las Reglas ERJOSSM constituyen una

guía importante para continuar desarrollando los cuidados de salud mental y el tratamiento en instituciones especializadas para los delincuentes juveniles (y adultos jóvenes).

Se debería prestar más atención a los problemas de trastornos mentales dentro de las instituciones de custodia y lograr una mayor cooperación y más flexibilidad entre la justicia y las instituciones de salud mental. La conferencia organizada por el Observatorio de Justicia Juvenil en Roma en noviembre de 2010 demostró que hay ejemplos de "buenas prácticas" que se pueden difundir, sin dejar de respetar las tradiciones nacionales y culturales.

Referencias

Dünkel, F. (2010): Alemania. En: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation, and Reform Developments*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, p. 547-621.

Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (2010) (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Dünkel, F., Pruin, I. (2009): Summary analysis of the national replies to the questionnaire related to the treatment of juvenile offenders. En: Consejo de Europa: *Reglas Europeas para infractores juveniles sujetos a sanciones o medidas*. Estrasburgo: Publicaciones del Consejo de Europa 2009, p. 109-213.

Fazel, S., Danesh, J. (2002): Serious mental disorders in 23000 prisoners: a systematic review of 62 surveys. *The Lancet* 359, p. 545-548.

Fazel, S., Doll, H., Långström, N. (2008): Mental disorders among adolescents in juvenile detention and correctional facilities: a systematic review and metaregression analysis of 25 surveys. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 47, p. 1010-1019.

Lader, D., Singleton, N., Meltzer, H. (2000): *Psychiatric morbidity amongst young offenders in England and Wales*. Londres: Oficina Nacional de Estadísticas.

Lammel, M. (2010): Kritische Anmerkungen zur Einweisung von Jugendlichen und Heranwachsenden in den Maßregelvollzug. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 4, p. 248-257.

Stöver, A., Weissbeck, W., Wendt, F. (2008): Wo steht der Jugendmaßregelvollzug in Deutschland aktuell? *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2, p. 255-262.

Este artículo es una versión editada de una presentación hecha por los autores en la conferencia organizada por el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil en Roma del 8 al 10 de noviembre de 2010, ver www.IJJO.org. Los autores y el editor cuentan con una lista más completa de bibliografía relevante.

El Dr. Frieder Dünkel es Profesor de Derecho de la Universidad de Greifswald en Alemania. Es Jefe del Departamento de Criminología y ex miembro del Consejo Ejecutivo de la AIMJF. Sus principales áreas de interés son la justicia juvenil y la penología.

La Dra. Ineke Pruin es Profesora de Derecho de la Universidad de Greifswald en Alemania. Es Jefa del Departamento de Criminología y ex miembro del Consejo Ejecutivo de la AIMJF. Sus principales áreas de interés son la justicia juvenil y la penología.

duenkel@uni-greifswald.de inipruin@yahoo.de
<http://jura.uni-greifswald.de/duenkel>

²⁸ Instituciones estatales para tratamientos de seguimiento de los delincuentes a los que se ha dado el alta de las instituciones de salud mental. Son consultorios de psiquiatras o psicólogos (comparables a las del servicio de libertad condicional) que trabajan fuera de las instituciones forenses. En muchos casos las oficinas del servicio de libertad condicional y los consultorios de los psiquiatras u otros profesionales están en el mismo edificio.

²⁹ Lammel 2010, p. 253.

³⁰ Dünkel et al. 2010.

Intervención temprana: el sistema de justicia juvenil y salud mental—Inglaterra y Gales**Lorraine Khan**

El Centro de Salud Mental es una organización benéfica independiente que tiene el objetivo de ayudar a crear una sociedad en la cual las personas con problemas de salud mental tengan las mismas posibilidades que los demás. Creemos que estos individuos no deberían encontrar obstáculos que les impidan injustamente tener una vida plena. Entendemos que existen formas prácticas y eficaces de superar dichos obstáculos para que puedan mejorar su vida recibiendo servicios de buena calidad que los ayuden a alcanzar sus aspiraciones.

Este artículo se propone brindar una descripción general de:

- las tendencias políticas y prácticas en problemas de salud mental y abuso de sustancias en el sistema de justicia juvenil
- los principales desafíos que enfrentan Inglaterra y, en cierta medida, Gales, que comparte nuestro sistema de justicia juvenil pero no nuestro sistema de salud
- las conclusiones que surgen de las investigaciones sobre esta área de trabajo
- lo que el Centro considera futuras prioridades, oportunidades y desafíos en relación con el apoyo a jóvenes que se encuentran en proceso de recuperación por problemas de salud mental y abuso de sustancias en el sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales

La práctica de la justicia juvenil en Inglaterra y Gales ha reflejado ampliamente las tensiones y los debates en los que se plantea si deberíamos castigar a los menores que delinquen,

protegerlos o ambas cosas. Las respuestas políticas a la delincuencia juvenil han sido criticadas muchas veces por no ofrecer ninguna solución y por utilizar el tema en función de su conveniencia para ganar votos.

En 1998, se creó por ley un sistema de justicia penal juvenil independiente para resolver casos que involucraran a menores de 18 años, con un organismo ejecutivo, el Consejo de Justicia Juvenil, al que se le asignó la responsabilidad de establecer las prácticas de justicia juvenil. También se crearon equipos de delincuencia juvenil (YOT, por sus siglas en inglés), integrados por miembros de varias agencias, para abordar el amplio rango de factores que incrementan el riesgo de reincidencia de los jóvenes. Se considera que el principal objetivo del sistema de justicia penal es reducir el índice de reincidencia al mínimo posible (y, a través de la aprobación posterior de leyes, prevenir el delito).

En teoría, todavía se puede aplicar la Ley de Menores de 1989 para resguardar el bienestar de los jóvenes con un alto grado de vulnerabilidad. No obstante, los recursos locales se han asignado de modo tal que se desfinancia la protección del bienestar de los jóvenes en riesgo, a la vez que se destinan más fondos a mejorar los mecanismos de protección de los niños más pequeños.

En el caso de los jóvenes con problemas de salud mental, también se puede utilizar la legislación relativa al tema para proteger al individuo y dar respuesta ante las crisis de salud mental, pero es muy difícil tener un diagnóstico definitivo a tan temprana edad como para poder ampararse en esta legislación, y hay reticencia a etiquetar a los jóvenes en forma tan prematura.

Podemos decir que durante la última década hemos tenido un sistema que se ha concentrado predominantemente en la conducta delictiva (en lugar de poner el foco en la protección) y que espera a que los niños alcancen niveles críticos para ofrecerles asistencia o proporcionarles tratamiento de salud mental.

En 2007, fuimos testigo de varias crisis en el sistema de justicia juvenil:

- Hubo un aumento progresivo sin precedentes en la cantidad de jóvenes colocados bajo custodia a pesar de la disminución general de los índices de delito.
- Entre 1991 y 2006, se triplicó el número de menores bajo custodia.
- Nuestro índice de niños menores de 14 años bajo custodia fue uno de los más altos de toda Europa occidental.

Además, hacia 2008 el país estaba recibiendo crecientes críticas en el ámbito internacional por su incapacidad práctica de utilizar la custodia y la prisión preventiva como medidas de último recurso, por su uso de la detención bajo custodia y por los altos índices de suicidio o 'incidentes' entre los individuos que se encontraban bajo custodia en Inglaterra y Gales... Por ejemplo, se determinó que los niños que se encontraban bajo custodia tenían 18 veces más tendencia a cometer suicidio que los niños que se encontraban fuera del sistema judicial.

También se iniciaron investigaciones para recopilar datos sobre las necesidades de los jóvenes inmersos en el sistema de justicia juvenil (sobre todo, los que se encontraban bajo custodia), lo cual puso de manifiesto otros problemas:

- Estos niños tenían tres veces más probabilidades de presentar un problema de salud mental diagnosticable (Hagell A, 2002) –con índices de diagnóstico aun más altos entre los jóvenes de más edad– y más de la mitad de ellos presentaban riesgos de consumir drogas o alcohol y tener necesidades de salud mental vinculadas a dicha conducta (Galahad SMS Ltd, 2009).
- De 5 niños, 1 tenía problemas de aprendizaje (Harrington R y Bailey S, 2006) y aproximadamente tres cuartos tenían trastornos importantes del habla y las habilidades comunicativas (Bryan *et al*, 2007) que dificultaban su comprensión de los procedimientos, las instrucciones y las órdenes judiciales.
- Es muy probable que estos niños hayan experimentado traumas en el pasado (de cada 3 niñas bajo custodia, 1 informó que había sufrido abuso sexual) (*Social Exclusion Unit*, 2002), pérdidas múltiples, expulsión de la escuela (Parke, S., 2009), que hayan sido colocados bajo la potestad de las autoridades locales (*Prison Reform Trust*, 2010) y que tengan un amplio rango de necesidades coexistentes en lugar de problemas aislados.
- Estos niños eran mucho más susceptibles a los factores de riesgo que conducen a mayores dificultades en la adultez. Por ejemplo, hemos realizado investigaciones longitudinales con las que comprobamos que los niños que presentan problemas de conducta a una edad temprana tienen 70 veces más probabilidades de ser condenados a prisión, cometer suicidio, morir prematuramente, tener problemas de salud mental y consumir sustancias en forma abusiva durante la adultez (Fergusson D, 2005).

Entonces, ¿qué sabemos acerca de la respuesta que tienden a dar los servicios frente

a las necesidades de los menores en riesgo de infringir la ley?

El Centro de Salud Mental realizó dos estudios de investigación para determinar la forma en que responden a estos menores el sistema de justicia juvenil y otros servicios de la comunidad (*Centre for Mental Health*, 2010a y 2010b). Lo que observamos fue un efecto 'ascendente' en el sistema de justicia juvenil: una vez que los menores entran en contacto con el sistema de justicia penal, inevitablemente terminan insertándose cada vez más dentro del sistema. Las razones por las que esto sucede son complejas, pero podemos mencionar las siguientes:

- Teniendo en cuenta los cambios en la legislación y las políticas de justicia juvenil, percibimos que hubo un giro cultural a partir del cual se tiende a ver a los niños que han ingresado al sistema de justicia juvenil como niños problemáticos en lugar de verlos simplemente como niños con problemas.
- Nuestro sistema de justicia juvenil se ha tornado menos flexible en el abordaje de asuntos tales como infracciones leves, y hemos invertido fondos excesivos en centros de custodia en lugar de invertir en medidas preventivas.
- Se ha incentivado a la policía a promover la judicialización de menores por delitos leves, por lo cual más jóvenes fueron empujados a transitar este camino de inserción ascendente en el sistema judicial, a pesar de que los índices de delito en general estaban descendiendo.
- Y a medida que los equipos de delincuencia juvenil asumían mayor responsabilidad sobre los jóvenes en los municipios, los servicios externos a dicho sistema fueron limitando su campo de acción y ocupándose cada vez menos de la salud mental y el bienestar de los jóvenes. De hecho, algunas críticas han apuntado a los perversos incentivos presupuestarios cuyo resultado fue que las autoridades locales ahorraran dinero a costa de colocar a los jóvenes bajo custodia por prisión preventiva o como resultado de una condena a prisión.

Este sistema ascendente ha exacerbado obstáculos de larga data para identificar las necesidades de salud y bienestar de los individuos inmersos en el sistema de sistema de justicia juvenil, por ejemplo:

- Los jóvenes en riesgo de cometer delitos tenían problemas de salud mental ocultos, poco claros y aleatorios que no eran fácilmente reconocidos por la policía, los servicios de menores, las escuelas y los equipos de delincuencia juvenil (YOT). A menudo, estos problemas se desatendían hasta que alcanzaban un estado crítico en

términos de conducta o enfermedad, y así los jóvenes quedaban atrapados en esta escala ascendente.

- Estos niños tendían a tener necesidades múltiples en lugar de problemas aislados. Los servicios de la comunidad, por otro lado, generalmente estaban diseñados para concentrarse en problemas aislados. Además, los servicios de salud mental estaban diseñados de forma tal que eran especialmente incapaces de dar respuesta a los jóvenes que se encontraban en posición de mayor exclusión y sólo trabajaban a partir de visitas en una oficina, en lugar de tener un enfoque persistente con los que incumplían el tratamiento. Esto llevó a que muchos de los destinatarios cayeran en las grietas de los servicios sociales y quedaran sin respuestas.
- Nuestra investigación también nos llevó a la conclusión de que estos jóvenes con problemas de salud mental y aprendizaje habían ingresado muy tarde al engranaje de la justicia juvenil (no en el momento en que cometieron un delito por primera vez).
- Entonces, en resumen, permitimos que los jóvenes se sumerjan profundamente en el sistema en lugar de identificar sus necesidades y brindarles asistencia cuando manifestaron por primera vez tener problemas. Esto contradice las recomendaciones de las investigaciones sobre salud mental, abuso de sustancias y dificultades de aprendizaje y refuerza la importancia de intervenir en la forma más temprana posible:
- Mejorar las posibilidades y la calidad de vida de los niños vulnerables
- Maximizar las posibilidades de cambio
- Lograr un mayor ahorro de fondos públicos a largo plazo.

Durante los últimos 18 meses en Inglaterra y Gales ha habido un reconocimiento y una aceptación de la necesidad de modificar el sistema. El esfuerzo combinado de distintos departamentos de estado, organizaciones del tercer sector, colaboradores de varias agencias y proveedores de servicios ha comenzado a generar conciencia y a modificar las prácticas utilizadas para abordar algunos de los factores que derivan en nuestros altos índices de jóvenes bajo custodia. Esto ha tenido como resultado una reducción de aproximadamente 3% en nuestra población de jóvenes bajo custodia. Aún hay mucho por mejorar para asegurar la continuidad de esta tendencia y lograr un futuro mejor tanto para los niños como para los jóvenes, sus familias y las comunidades en general.

Actualmente, con el nuevo gobierno, el sistema está en una importante transición. ¿Qué

cambios necesitamos para que nuestro sistema apunte al bienestar emocional, el cuidado de la salud mental y la recuperación de nuestros jóvenes?

Necesitamos un sistema que no sólo reaccione ante la comisión de delitos y las crisis de salud mental. Necesitamos adoptar un enfoque de salud pública respecto del crimen y abordar las crisis emergentes a medida que los niños crecen en lugar de esperar hasta que lleguen a un estado crítico. Necesitamos concentrarnos más en los factores de riesgo y vulnerabilidad en lugar de prestar tanta atención a los diagnósticos, sobre todo en el área de servicios de salud mental. Necesitamos poner más énfasis en transmitir valores a los jóvenes y ayudarlos tempranamente a construir una mayor capacidad de resiliencia. ¿Cómo se traduciría todo esto concretamente en los servicios sociales? Necesitamos tomar medidas en tres niveles: prevención durante los primeros años; medidas alternativas para evitar ingresos innecesarios al sistema de justicia juvenil y también la colocación bajo custodia en los casos en que sea posible; y rehabilitación para los menores que entran en contacto con los servicios de justicia juvenil o son colocados bajo custodia.

1. Primeros años

La piedra fundamental para mejorar el posible futuro de los niños vulnerables y para que las medidas alternativas y la intervención de la justicia juvenil resulten efectivas es implementar medidas preventivas de nivel primario y secundario basadas en la evidencia. Esto incluye intervenciones tales como:

- Invertir en Organizaciones de Enfermería Familiar y prestar la atención de enfermeros comunitarios que trabajen con los padres adolescentes desde la etapa de la concepción para apoyarlos y fomentar una paternidad responsable. Sabemos que estas intervenciones son efectivas en términos de costos y, a pesar de que su cumplimiento no es obligatorio, presentan un índice récord de adhesión del 90%.
- Además, sin estigmatizar a los niños, necesitamos estar atentos a la importancia de los problemas de conducta que se pueden presentar más adelante en la vida del niño. Sabemos por las investigaciones realizadas que éstos son los niños que tienen peores pronósticos futuros. Tienen 70 veces más probabilidades de ser colocados bajo custodia, tener problemas de salud mental y abuso de sustancias, cometer suicidio, ser desempleados, ser deudores, morir prematuramente, etc. Y aun así, también sabemos que las intervenciones bien planificadas y basadas en la evidencia, si se implementan en forma temprana, pueden mejorar significativamente los pronósticos futuros de estos niños.

- Cuando los niños comienzan la escuela los maestros deben estar muy atentos a las señales que indiquen potenciales problemas, se trate de un desempeño académico insuficiente o problemas de conducta; los maestros deben recibir apoyo y se les debe facilitar el acceso a los programas de asistencia para la paternidad y los trastornos del habla y el lenguaje. Actualmente, ya hay algunos programas escolares en curso que apuntan a estimular los valores positivos y la capacidad de resiliencia, y están mostrando resultados provisionales positivos en cuanto al bienestar emocional y la conducta de los niños en las escuelas.

2. Medidas alternativas

Durante los últimos dos años hemos trabajado en Proyectos de Intervención Familiar, que se lanzaron en Inglaterra en 2008 como parte del Plan de Acción contra la Delincuencia Juvenil implementado por el gobierno anterior. En estos proyectos se trabaja con las familias que han sido denunciadas a las autoridades por conducta antisocial en sus comunidades. El mejor de estos programas tiene el potencial de llegar a los niños con mayor riesgo de tener problemas en el futuro, y pone un gran énfasis en el compromiso y la implementación de intervenciones parentales de comprobada eficacia. Pero estos esquemas presentan enfoques muy variados; algunos han sido criticados por permitir que los jóvenes ingresen al sistema de justicia juvenil si no cumplen las órdenes impartidas por conducta antisocial. Debemos limitarnos a hacer lo que sabemos que sirve para solucionar problemas de conducta y también sería bueno contar con una evaluación bien diseñada y sólida sobre los Proyectos de Intervención Familiar para que este importante trabajo pueda contribuir a la base internacional de evidencias y se pueda determinar cuáles son las conclusiones fundamentales sobre efectividad.

Para detener la escalada ascendente en el sistema de justicia juvenil, se ha implementado una serie de iniciativas nuevas, como los esquemas de investigación en el momento del arresto, que 'seleccionan' y desvían a los jóvenes que han cometido delitos de poca monta fuera del sistema de justicia juvenil o los derivan a servicios de asistencia. Los jóvenes son tratados ya sea con intervenciones de justicia restaurativa en lugar de advertencias o, si se detectan las necesidades, se los deriva a servicios de apoyo para problemas de salud mental, abuso de sustancias o dificultades de aprendizaje con el fin de brindar asistencia temprana. A menudo se ofrece un conjunto de servicios de asistencia para abordar necesidades múltiples.

El Consejo de Justicia Juvenil también ha introducido un nuevo enfoque gradual que apunta a adaptar la intensidad y duración de las sentencias a trabajo comunitario según el riesgo

de reincidencia y el grado de necesidad del joven. Se diseñó una nueva Orden de Rehabilitación Juvenil para, entre otras cosas, evitar que los jóvenes ingresaran a este sistema ascendente por cometer nuevos delitos; la idea es que la reincidencia, en lugar de aumentar la posible condena, haga que se agreguen nuevas condiciones a la Orden. Todavía no se ha evaluado totalmente el impacto de esta nueva Orden.

Finalmente, alrededor del 20% de los jóvenes se encuentran bajo custodia por violar sus órdenes de trabajo comunitario. Hay razones para creer que los jóvenes con dificultades de aprendizaje y trastornos del habla y la comunicación son especialmente vulnerables a incurrir en el incumplimiento de las órdenes y, actualmente, la violación de una orden no deriva en ninguna evaluación para descartar la existencia de incapacidades ni se realiza ningún análisis retrospectivo de los hechos para determinar cómo podrían mejorar sus estrategias los trabajadores de los YOT para mantener el compromiso de los jóvenes. Esta área necesita supervisión constante.

Por último, se están implementando una serie de intervenciones basadas en la evidencia en Inglaterra, Escocia e Irlanda, y están mostrando resultados prometedores. Actualmente, están funcionando algunos programas piloto de Terapia Multisistémica (MST, por sus siglas en inglés); la MST brinda apoyo intensivo a las familias y los niños, en general, desde los 6 meses en adelante. El objetivo es trabajar con las familias para ayudarlas a superar los obstáculos que les impiden progresar. El jurado aún no ha determinado en qué medida considera que este enfoque integral de terapia intensiva genera resultados positivos en forma sistemática para la prevención de la delincuencia juvenil. No obstante, sigue pareciendo más eficiente en términos de costo que la custodia o la colocación de niños en hogares, y los resultados provisionales de la implementación piloto del proyecto aleatorizado con grupo de control en Inglaterra parecen prometedores. La Terapia Familiar Funcional ofrece un gran beneficio para los jóvenes en riesgo de cometer delitos, y el equipo de delincuencia juvenil (YOT) de Brighton participa de un programa piloto para probar y evaluar esta intervención con niños que terminan ingresando al sistema de justicia juvenil.

Actualmente, necesitamos que se implementen más medidas para abordar el abuso del recurso de prisión preventiva bajo custodia para niños, teniendo en cuenta que todos los años se encarcela a 1000 niños que luego son declarados inocentes en juicio. En Inglaterra, particularmente, es necesario que las autoridades locales, que no han debido pagar el costo de las órdenes de prisión preventiva durante los últimos años, sean consideradas

responsables por los costos de las órdenes de prisión preventiva, con el fin de evitar que los jóvenes vulnerables sean enviados a la cárcel como primera opción.

Del mismo modo, necesitamos que se extienda la implementación de programas piloto que promueven la aplicación de tratamientos multidimensionales, ya que presentan antecedentes de eficacia muy alentadores y resultan mucho más eficientes en términos de costo que la colocación bajo custodia según los informes realizados en los Estados Unidos. Este enfoque ofrece una alternativa importante para los jóvenes sujetos a una orden de prisión preventiva o colocados bajo custodia.

3. Rehabilitación

En el caso de los pocos jóvenes que realmente deben ser mantenidos bajo custodia, debemos evaluar evidencias de calidad que indiquen cuál es el modelo, el régimen, el tamaño del centro de custodia, etc., que resultarán más propicios para inducir al joven a cambiar. Están surgiendo muchos modelos internacionales innovadores, pero estas iniciativas no se han evaluado en forma exhaustiva. En este momento, las decisiones sobre centros seguros y la política de reducción de cupos en nuestra institución se están tomando en base a la conveniencia a corto plazo y el ahorro de costos en lugar de pensar cuál es la mejor manera de cubrir las necesidades del joven y fomentar su progreso.

Aun más importante es la necesidad de capitalizar los resultados positivos de las medidas de reinserción de los jóvenes que se encontraban bajo custodia. A pesar de los numerosos intentos de mejorar la forma en que se proporcionan estas medidas de asistencia para la reinserción en Inglaterra, las experiencias de los jóvenes que regresan a su hogar demuestran que la reinserción sigue siendo una meta lejana que a menudo se torna más difícil de lograr porque los jóvenes han sido trasladados a lugares tan distantes de sus hogares que es prácticamente imposible dar continuidad al trabajo familiar y fortalecer el vínculo con la familia. Hay una base de evidencias muy sólidas recopiladas en los Estados Unidos sobre jóvenes que requieren un intenso trabajo familiar para el tratamiento de abuso de sustancias y problemas de salud mental tanto a partir de la colocación bajo custodia como después de ésta. Según nos han informado, en España, los centros de custodia locales logran hacer un seguimiento de los jóvenes después de finalizado el período de custodia y ponerlos en contacto con instituciones educativas y empleadores de la zona. La distancia que hay entre nuestros centros de custodia y las áreas de residencia de los niños hacen que este seguimiento sea realmente difícil de concretar, y actualmente, casi imposible.

Conclusiones

Como observación final, no hay duda de que debemos enfrentar una serie de desafíos importantes a medida que nos alejamos de las prácticas y políticas de la década pasada. Aunque existen planes para lograr un mayor equilibrio entre las medidas de prevención y la reacción ante crisis delictivas, sin duda todavía debemos sortear ciertos obstáculos persistentes.

Después de probar una gran cantidad de modelos alternativos (la idea de establecer un equipo de trabajo alrededor del niño, un Director Profesional, un equipo de expertos que asistan al trabajador social, etc.), trabajaremos intensamente para ayudar a los jóvenes a superar las diversas circunstancias que los hacen vulnerables, incluyendo los problemas de salud mental y el abuso de sustancias. Algunas organizaciones como Kids Company han abordado este problema brindando asistencia persistente y orientada a generar adhesión en los jóvenes más vulnerables. Debemos emular este modelo de apoyo integral para poder ayudar a los niños a recuperarse de los años de relaciones problemáticas con las familias y las agencias de apoyo.

Debemos trabajar en conjunto con los niños para elaborar soluciones reales que los ayuden a progresar y recuperarse.

Tal vez los mayores desafíos son aquellos vinculados con los recursos financieros y la adaptación al cambio. Estamos en medio de una de las más grandes recesiones de los últimos 70 años y se han aplicado recortes presupuestarios a muchos servicios públicos. Con nuestro nuevo gobierno, también nos enfrentamos a grandes cambios en cuanto a la forma en que se financiarán, dirigirán y organizarán los servicios y no está claro cuáles serán las consecuencias concretas para las familias y los jóvenes que reciben nuestros servicios. Tendremos que dedicar los años venideros a evaluar las nuevas prácticas; hay mucho trabajo por hacer. Debemos aprender de nuestros errores, de las iniciativas innovadoras y creativas de otros países; debemos atenernos a las evidencias disponibles, limitarnos a lo que sabemos que sirve y mantener nuestra vista firmemente focalizada en trabajar creativamente con los jóvenes para ayudarlos a mejorar sus perspectivas de futuro.

Lorraine Khan, Directora de Justicia Juvenil, Centro de Salud Mental: transcripción de una presentación realizada en Roma en el marco del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil en noviembre de 2009

Bibliografía

Bryan *et al.* (2007). Language and communication difficulties in juvenile offenders. *International Journal of Language and Communication Disorders* , 42, 505-520.

Centre for Mental Health. (2010a). *Reaching out: reaching in: promoting mental health and well being in secure settings*. Londres: Centre for Mental Health.

Centre for Mental Health. (2010b). *You Just Get on and Do it: healthcare provision in Youth Offending Teams*. Londres: Centre for Mental Health.

Fergusson D, H. J. (2005). Show me the child at seven: the consequences of conduct problems in childhood for psychosocial functioning in adulthood. . *Journal of Child Psychol psychiatry* 4: , 837-849.

Galahad SMS Ltd. (2009). *Evaluation of the substance misuse project in the Young Person's Secure Estate*. Londres: Youth Justice Board.

Hagell A. (2002). *The mental health of young offenders. Bright Futures: Working with*

vulnerable young people. Londres: Mental Health Foundation.

Harrington R and Bailey S. (2006). *Mental Health Needs and Effectiveness of provision for young people in the Youth Justice System*. Londres: Youth Justice Board.

Parke, S. (2009). *HM Inspector of Prisons and Youth Justice Board, Children and Young People in Custody 2006-2008, an analysis of the experiences of 15-18-year-olds in prison*. London: HM Inspectorate of Prisons .

Prison Reform Trust. (2010). *Punishing Disadvantage: a profile of children in custody*. Londres: Prison Reform Trust.

Social Exclusion Unit. (2002). *Reducing re-offending by ex-prisoners, .* Londres.: Social Exclusion Unit.

Justicia procesal para los jóvenes: una mirada desde los derechos humanos y la psicología evolutiva

Ton Liefwaard
Stephanie Rap
y Ido Weijers



Ton Liefwaard



Stephanie Rap



Ido Weijers

En los últimos diez años, se ha introducido una nueva e interesante perspectiva en el área de los derechos del niño. Además de la perspectiva de los derechos humanos, ha adquirido mayor importancia la perspectiva de la psicología evolutiva. Los estudios de investigación que aplicaron esta perspectiva han llegado a conclusiones interesantes y han hecho nuevos aportes al concepto del interés superior del niño. La corriente de la psicología evolutiva ha sido influenciada por publicaciones muy importantes, tales como *Youth on Trial* (2000), *Rethinking Juvenile Justice* (2008) y *The Law and Child Development* (2010)¹. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre ambas perspectivas. Tratamos de vincular los conceptos de la psicología evolutiva con una consideración del estatus legal de los jóvenes sospechosos sometidos a un proceso en la justicia juvenil a la luz de las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN).

Supuestos básicos de la perspectiva de derechos humanos

El artículo 40 de la CDN reconoce el derecho de los jóvenes de quienes se alega que han infringido las leyes penales a recibir un tratamiento especial como parte de un proceso penal juvenil independiente. El artículo 40 de la CDN se basa en dos principios fundamentales. Por un lado, reconoce el derecho de los menores acusados a recibir un juicio justo, conforme a los principios y derechos aplicables a los adultos imputados, como el principio de legalidad y la presunción de inocencia (2b (i)); el derecho a no ser obligado a dar testimonio ni a declararse culpable (2b (iv)); el derecho a ser juzgado por una autoridad competente, independiente e imparcial (2b (iii)); y el principio de proporcionalidad (4). Por otro lado, el artículo 40 de la CDN dispone que los Estados parte deben garantizar un tratamiento especial a los jóvenes en conflicto con la ley. En este contexto, el artículo exige que las autoridades tomen en cuenta la edad del niño cuando es juzgado en un tribunal².

¹ T. Grisso & R.G. Schwartz (Eds.). *Youth on Trial. Developmental Perspectives on Juvenile Justice*. Chicago: University of Chicago Press; E.S. Scott & L. Steinberg (2008). *Rethinking Juvenile Justice*. Cambridge: Harvard University Press; E. Buss & M. Maclean (2010). *The Law and Child Development*. Farnham: Ashgate. Compare also I. Weijers & T. Grisso (2009). *Criminal responsibility of adolescents. Youth as junior citizenship*. En J. Junger-Tas & F. Dünkel (Eds.). *Reforming Juvenile Justice* (págs. 45 a 67). Dordrecht: Springer.

² Ver también Bueren, G., van (2006). *Article 40: Child Criminal Justice*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

Observación general N° 10 – Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño

El Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño considera de máxima importancia salvaguardar los derechos de los niños que se sospecha que han infringido la ley para lograr un sistema de justicia juvenil efectivo. En la Observación general N° 10³, el Comité de la ONU hace recomendaciones sobre cómo aplicar el artículo 40 de la CDN. Para respetar los derechos de los jóvenes en conflicto con la ley se debe aplicar el artículo 40 de la CDN teniendo en cuenta otros derechos establecidos por la CDN. Naturalmente, se debe respetar el Artículo 37 de la CDN, que prohíbe la tortura u otros tratos y castigos inhumanos o degradantes, y este artículo también regula la privación de la libertad⁴. No obstante, también son de gran importancia los principios generales reconocidos por el Comité de la ONU: el principio de no discriminación (art. 2 CDN); el derecho a la vida y al desarrollo (art. 6 CDN); el derecho a participar (art. 12 CDN) y el principio a que se contemple 'el interés superior del niño' (art. 3, 1 CDN)⁵.

El valor del principio de no discriminación para los jóvenes reside en evitar el tratamiento desigual de los jóvenes en conflicto con la ley, por ejemplo por razones de edad, género u origen étnico. De acuerdo con el Comité de la ONU, este principio también sienta las bases para prevenir, dentro de lo posible, los efectos estigmatizantes del ingreso al sistema de justicia juvenil y los efectos negativos que puede tener sobre los menores a largo plazo. Aplicando este principio, se debería evitar en la mayor medida posible el contacto con el sistema formal de justicia juvenil⁶. El derecho a la vida y el desarrollo implica que cada acto judicial debería promover el desarrollo del niño en un sentido positivo, en base al principio de que las conductas delictivas afectan negativamente el desarrollo de los adolescentes⁷. Tratar a los jóvenes de acuerdo con este principio implica que se debe apuntar a aplicar medidas y sanciones alternativas, ya sea de índole terapéutica o educativa.

Artículo 6 de la CDN

El artículo 6 de la CDN tiene consecuencias importantes para el tratamiento de los menores que ingresan al sistema de justicia juvenil. Por ejemplo, no se promueve el desarrollo de un niño si se ignora su derecho a participar o no se lo

deja participar activamente en el proceso de justicia juvenil, tratándolo como un objeto pasivo (ver más abajo). En este caso, el artículo 3.1 de la CDN también es muy importante. Este artículo establece que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial a la hora de someterlo a medidas judiciales o de otra naturaleza. Se debe reconocer la diferencia entre niños y adultos, uno de los motivos es que los niños son física y psicológicamente inmaduros en comparación con los adultos. Además, también se deben tener en cuenta las necesidades emocionales y educativas especiales de los niños. La inmadurez hace que los menores sean considerados menos responsables de sus actos que los adultos. Por este motivo la justicia penal juvenil no debería concentrarse exclusivamente en la represión y la retribución sino principalmente en la resocialización y la reintegración (comparar con el art. 40 1 de la CDN).

Artículo 12 de la CDN

El derecho a ser escuchado y, en términos más amplios, el derecho a participar⁸ son especialmente importantes cuando se analiza el tratamiento de los jóvenes en el sistema de justicia juvenil. El derecho a participar puede ser considerado uno de los aspectos más cruciales de la CDN. El artículo 12 de la CDN consagra el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afectan. El inciso 2 garantiza que el niño tendrá la oportunidad de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte. El niño puede ser escuchado ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado que sea legalmente competente para hacerlo. El Comité de la ONU establece que el niño debe ser oído preferentemente en forma directa 'y no sólo a través de un representante de un organismo apropiado si esto favorece el interés superior del menor'⁹. La opinión del niño debe ser tomada seriamente y se debe juzgar por su propio mérito, teniendo en cuenta la edad y la madurez del menor¹⁰.

El principio de que el joven tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan tiene implicancias durante todo el proceso en la justicia juvenil para el tratamiento de los menores que se alega que han infringido las leyes penales¹¹. Por un lado, el derecho a participar se debe interpretar como parte del derecho a tener un juicio justo y del

³ Observación general N° 10, *Children's rights in juvenile justice*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007 (en: Observación general N° 10).

⁴ Ver también Liefwaard, T. (2008). *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*. Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia Publishing.

⁵ Observación general N° 5, *General Measures of Implementation for the Convention on the Rights of the Child*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

⁶ Observación general N° 10, párrafo 6-8.

⁷ Observación general N° 10, párrafo 11.

⁸ Ver L. Krappmann, 'The weight of the child's view (sobre el artículo 12 de la CDN)', *International Journal of Children's Rights* 18 (2010), págs. 501 a 513.

⁹ Observación general N° 10, párrafo 44.

¹⁰ Ver más detalles sobre el derecho a participar, en la Observación general N° 12 del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, El derecho del niño a ser escuchado, Doc. ONU CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, (en Observación general N° 12).

¹¹ Observación general N° 10, párrafo 44.

derecho de participar efectivamente en los procesos de justicia penal¹². Por otro lado, escuchar la opinión del niño es vital para poder administrar un tratamiento efectivo a los menores que han infringido la ley y para alcanzar las metas del derecho penal juvenil. Es importante que el menor sea atendido por profesionales, tema que profundizaré más adelante. No obstante, también es vital poder hacer algún tipo de estimación sobre el nivel en el que el niño se compromete con la sanción o medida aplicada y determinar si sería apropiado imponer o no tal sanción o medida.

El Comité de la ONU considera que si el menor que se alega que ha infringido la ley penal puede ser considerado responsable de haber cometido el delito que se le atribuye (y por lo tanto se lo puede procesar), también es capaz de participar en el proceso penal. Su capacidad procesal queda implícita en este supuesto. Esto significa, entre otras cosas, que el menor que se alega que ha infringido las leyes penales debe tener la oportunidad de dar su opinión sobre las sanciones o medidas que se le pueden aplicar y que debería tener la oportunidad de expresar sus preferencias. De acuerdo con el Comité de la ONU, el juez que resuelve en estos casos tiene una responsabilidad especial. Es muy importante escuchar la opinión del niño para aumentar las probabilidades de que la respuesta judicial a esta conducta delictiva sea satisfactoria. Según las palabras del Comité de la ONU: 'tratar al niño como un objeto pasivo implica desconocer sus derechos y no contribuir a una respuesta efectiva a su conducta'

Comprensión

También resulta de vital importancia que el menor acusado entienda lo que está ocurriendo. Este aspecto, según el Comité de la ONU, es uno de los supuestos importantes que subyacen al derecho a tener un juicio justo y a participar activamente en el juicio¹³. Los cargos, por ejemplo, se deben formular en un lenguaje comprensible para el menor, adaptando la forma en que se le da la información y se le comunica el mensaje en la medida necesaria¹⁴. La información debe ser comunicada de la forma más directa posible. Dar la información a los padres o tutores legales no debe ser una opción alternativa a informar al menor directamente¹⁵. Además, los profesionales de la justicia juvenil deben identificar y proporcionar un trato diferencial a aquellos menores que tienen dificultad para procesar la información o para expresar sus opiniones¹⁶.

Durante el juicio en un tribunal de menores, es importante que el joven pueda determinar su propia posición en el proceso y contar con la defensa de un abogado u otro asesor legal. El menor debe estar adecuadamente informado sobre las pruebas presentadas al tribunal para poder decidir en forma fundada si desea realizar alguna declaración o consideración sobre el interrogatorio de los testigos. El artículo 14 de las Reglas de Beijing¹⁷ agrega que el proceso se debe llevar a cabo en una 'atmósfera de comprensión para posibilitar que el niño participe y se exprese libremente'. Extrapolando, podemos decir que se deben tener en cuenta la edad y madurez del menor, lo que implica que se deben adaptar los procesos del tribunal a la capacidad emocional y cognitiva del menor. En la Observación general N° 12, más reciente, el Comité de la ONU agregó que es importante que la audiencia judicial se lleve a cabo a puertas cerradas¹⁸.

Finalmente, el menor también debe ser informado sobre el contenido y las consecuencias de las posibles sanciones y medidas para poder comunicar una opinión bien informada al juez, el fiscal y las demás partes implicadas¹⁹.

Artículo 6 – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Obviamente, la CDN no es el único tratado internacional de relevancia para el tratamiento de los menores acusados de cometer un delito. El derecho a un juicio justo también está consagrado en las convenciones de derechos humanos, por ejemplo, en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). Aunque este artículo en particular no se refiere a la posición especial de los *menores* acusados, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha interpretado en este sentido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a referirse cada vez más a la CDN y a otras fuentes de derecho internacional similares que resultan relevantes en los casos que involucran a menores²⁰.

¹⁷ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985), GA Res. 40/33, 29 de noviembre de 1985.

¹⁸ Observación general N° 12, párrafo 61.

¹⁹ No hace falta agregar que el derecho a asistencia legal o de otro tipo es vital para poder ejercer el derecho a participar (art. 40, 2b (ii) y (iii) CDN; comparar con la Observación general N° 10, 49-50). Al mismo tiempo, es evidente que los profesionales que prestan asistencia legal deben ser sensibles a la importancia de dar información correcta al joven y asegurarse de que la entienda.

²⁰ Ver, por ejemplo, jurisprudencia del tribunal relativa a los artículos 3, 5, 6 y 8 del CEDH.

¹² Art. 40, párrafo 2b (iv) CDN.

¹³ Observación general N° 10, párrafo 46.

¹⁴ Ver también Observación general N° 10, párrafo 48.

¹⁵ Observación general N° 10, párrafo 48.

¹⁶ Observación general N° 12, párrafo 21.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que la protección del derecho a un juicio justo, consagrado en el artículo 6 del CEDH, implica la obligación de las autoridades nacionales de garantizar que los jóvenes acusados estén informados sobre lo que les está sucediendo y puedan participar en el juicio. En el caso de los dos niños ingleses de once años (caso Bulger), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que 'un menor acusado de un delito debe ser tratado de forma acorde con su edad, su nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales y que estos pasos se dan para promover su capacidad de entender y participar en el proceso'²¹.

Es necesario adaptar los procesos de justicia juvenil a la capacidad intelectual y el estado evolutivo del menor en cuestión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha explicado que el artículo 6 del CEDH no implica que el niño debe comprender todos los aspectos legales del proceso penal, sino que debe poder formarse una idea general de la naturaleza del proceso y de las consecuencias que puede tener la sanción²². Esto también es enfatizado por el Comité de la ONU que, en el párrafo 21 de la Observación general N° 12 señala que 'no es necesario que el menor tenga un conocimiento profundo de todos los aspectos que lo afectan, pero sí que tenga un nivel de comprensión suficiente como para elaborar una perspectiva propia'.

Supuestos básicos desde la perspectiva de la psicología evolutiva

Actuar preservando el interés superior del niño significa que uno debe reconocer el hecho de que el menor tiene una comprensión limitada del significado de los procesos de la justicia juvenil y de lo que se espera de él durante la audiencia en el tribunal juvenil. Por ejemplo, los menores de 12 a 13 años no entienden cabalmente qué pasa exactamente durante un proceso en un tribunal de menores, mucho menos sobre cómo actuar en el tribunal. Los menores de entre 12 y 13 años de edad no se ven a sí mismos como ciudadanos a quienes el 'estado' les puede exigir que rindan cuenta de su conducta²³. Apenas pueden pensar en términos abstractos y todavía se perciben a sí mismos como niños que responden sólo a su ambiente inmediato: los padres, los abuelos, los maestros y, en algunas ocasiones, los vecinos.

Su comprensión de conceptos tales como derecho, estado y ciudadanía todavía no está madura, porque prácticamente no tienen ninguna experiencia con la ley y con el gobierno²⁴.

En general, los menores de aproximadamente 14 años de edad pueden formarse una idea adecuada de lo que significa comparecer ante un juez en el tribunal²⁵. Sin embargo, muchos jóvenes de entre 14 y 16 años de edad que tienen que presentarse en el tribunal tienen muy poca capacidad para elaborar ideas precisas sobre lo que pueden esperar o lo que se espera de ellos. En realidad, la mayoría de los jóvenes que deben comparecer en un juicio no están adelantados en su desarrollo, sino retrasados, lo cual implica una doble tarea para el tribunal y para las demás partes comparecientes en las audiencias²⁶. Podemos concluir que los menores necesitan asistencia para poder participar plenamente en los procesos de la justicia juvenil. Como vimos antes, basándonos en la CDN, se podría ser considerar que ésta es una responsabilidad especial del estado. Los jóvenes deben tener la oportunidad de ejercer sus derechos legales. Esto implica que los jóvenes acusados tienen derecho a recibir asistencia e información adecuadas.

Para ayudar a los menores acusados a participar plenamente en el proceso en la justicia juvenil ellos deben recibir por lo menos dos tipos de asistencia: en primer lugar, para que participen activamente en la mayor medida posible y, en segundo lugar, para que entiendan en la mayor medida posible lo que se está debatiendo y lo que está en juego.

Participación

Cuando se analiza más profundamente la participación de los menores acusados, se pone en evidencia que existe un alto nivel de tensión, si bien necesario, entre el entorno intimidante del tribunal y la tarea de ayudar al menor a participar en el proceso en la mayor medida posible. El clima severo y distante de los tribunales no es exactamente el más propicio para lograr un contacto directo y fluido con el joven acusado y su familia, que generalmente se sienten abrumados por el edificio cuando se presentan en la sala de audiencias. En este punto se produce el desafío pedagógico de establecer contacto profesional con el menor y con sus padres. Desde la perspectiva pedagógica y de los derechos del

²¹ CEDH, 16 de diciembre de 1999, Caso N° 24724/94 (T. vs. Reino Unido, párrafo 84).

²² CEDH, 16 de diciembre de 1999, Caso N° 60958/94 (T. vs. Reino Unido), párrafo 29.

²³ Grisso, T. (2000). Lo que sabemos sobre la capacidad de los menores acusados para actuar en juicio. En T. Grisso & R.G. Schwartz (Eds.), *Youth on Trial. Developmental Perspectives on Juvenile Justice*, (páginas 139 a 171). Chicago: University of Chicago Press.

²⁴ Helwig, C.C. & Jasiobedzka, U. (2001). *The relation between law and morality: Children's reasoning about socially beneficial and unjust laws*. *Child Development*, 72, 1382-1393.

²⁵ Ruck, M.D., Abramovitch, R. & Keating, D.P. (1998). *Children's and adolescent's understanding of rights: Balancing nurturance and self-determination*. *Child Development*, 69, 2, 404-417.

²⁶ Grisso, T. (2000). Lo que sabemos sobre la capacidad de los menores acusados para actuar en el juicio. En T. Grisso & R.G. Schwartz (Eds.), *Youth on Trial. Developmental Perspectives on Juvenile Justice*, (pp.139-171). Chicago: University of Chicago Press.

niño, el contexto en el cual operan el fiscal y el juez debe ser severo pero accesible.

La primera tarea del menor es contar su versión de la historia. Es muy importante mostrar interés por el relato y los comentarios del joven, no solamente tomando nota sino haciendo preguntas y analizando los detalles²⁷. Tomar nota del relato de los hechos por parte del menor es un pequeño paso hacia un tercer punto de naturaleza más 'técnica'. Cuando el juez y el fiscal le hacen preguntas al joven acusado, es muy importante que las preguntas sean breves, directas y preferentemente semiabiertas, y que pidan explicaciones y aclaraciones. Es recomendable que hagan la menor cantidad posible de preguntas cerradas, es decir, preguntas a las que el acusado sólo puede responder 'sí' o 'no'. Además, es importante que el juez haga economía en el uso de las palabras. Establecer contacto con el menor para permitirle participar activamente significa que el juez no debe hablar mucho sino que debe hacer preguntas breves y claras para lograr que el acusado se exprese.

Finalmente, establecer contacto con el joven no sólo implica dar pasos prácticos para lograr que participe en la mayor medida posible, sino también involucrarlo indirectamente a través de sus padres en todo lo que se está dirimiendo. Incorporar a los padres activamente en el proceso de justicia juvenil permite aumentar el nivel de participación del menor. Una mayor participación le permite reforzar su percepción de que su versión de los hechos importa y de que tanto él como sus cuidadores primarios son tomados en serio por el juez. Un elemento crucial en este proceso es que los padres no queden perdidos en el anonimato de la sala de audiencias. Se les debe dar un lugar cercano al frente de la sala, a la vista del juez. Para los padres y para el niño es muy importante sentir que son parte de la escena desde el comienzo y que el juez se dirige a ellos directamente.

Comprensión

El primer requisito para asistir a un menor a nivel cognitivo es asegurarse constantemente de que el menor entiende lo que se está dirimiendo. Esto implica que, dentro de lo posible, el juez debe evitar el uso de jerga legal y, si resulta inevitable, debe explicar los términos que utiliza. La jerga legal es una barrera para la comunicación constructiva en cualquier audiencia en un tribunal juvenil. Cuanta más terminología legal se utilice, menos probabilidades tendrá el joven de ejercer un rol pleno y activo en el proceso. Si no entiende, perderá la concentración y se dará por vencido.

La participación activa del joven en el proceso también exige que el juez esté permanentemente alerta para poder determinar si el joven acusado

entiende lo que se está diciendo. Finalmente, el juez debe explicar su sentencia en términos explícitos, que resulten comprensibles tanto para el menor como para sus padres. Es recomendable destinar un tiempo extra a explicar los fundamentos de la sentencia, ya que esto es muy importante considerando el nivel de conciencia que tiene el menor sobre las consecuencias de su conducta y la conveniencia y necesidad de que exista el derecho penal.

Conclusión

En este artículo reflexionamos sobre la posición de los menores acusados en los procesos de justicia juvenil, en particular sobre cuál es su posición desde la perspectiva de los derechos humanos internacionales y además, cómo se puede definir esta posición en términos concretos desde la perspectiva de la psicología evolutiva. Se presta especial atención a dos puntos fundamentales: el derecho del niño a participar activamente en el proceso de justicia juvenil y el derecho del niño a entender el problema que se está dirimiendo en el tribunal. Claramente, estos dos puntos requieren que el juez del tribunal juvenil y otros profesionales lleven a cabo determinadas tareas. Involucrar al menor activamente en el proceso de justicia juvenil y lograr que entienda lo que está en juego son aspectos fundamentales que deberían tener más relevancia en la formación de los jueces, los fiscales y los abogados que desarrollan sus funciones en el marco del sistema de justicia juvenil.

Dr Ton Liefwaard es profesor asistente legal e investigador en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht. También es un juez suplente de menores en el Tribunal de Distrito de Amsterdam.

Profesor Dr Ido Weijers tiene una silla especial sobre Justicia Juvenil en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Utrecht.

Stephanie Rap MSc / MA, es una profesora de secundaria y estudiante de doctorado que se especializa en "delincuencia juvenil" en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Utrecht.

²⁷ Comparar con Tyler, T. (1990). *Why people obey the law*. New Haven: Yale.

La justicia juvenil cautiva del neoliberalismo Antoine Garapon



Propuestas tales como las penas mínimas para los jóvenes, la opción de los fiscales de derivar a los jóvenes directamente a los tribunales juveniles, las multas a los padres cuyos hijos no cumplen con la orden de no circular, junto con la reducción de la edad de imputabilidad, suelen aparecer en los debates políticos y, si bien han sido rechazadas por el Consejo Constitucional, siguen generando una sensación de incomodidad. Si se las pudiera tomar simplemente como un gesto de autoritarismo serían más sencillas de interpretar. Pero las cosas son más complicadas, porque estas ideas tienen sus raíces en un nuevo *Zeitgeist* (espíritu de época). Actualmente las teorías educativas sobre las que se basa la justicia juvenil están siendo blanco de ataques, no sólo por ser demasiado blandas e ingenuas, sino también por ser lentas e ineficaces. Hay dos nuevos criterios: celeridad y exigencia de resultados, que constituyen la nueva vara con las que se pretende medir a cada organización, y la justicia juvenil no es una excepción. Estos dos criterios reflejan una nueva relación con el tiempo: la aceleración, y una nueva visión de la realidad, una visión centrada en la economía.

Las propuestas o reformas son implacables en la determinación de acelerar los procesos, de apurarlos¹— como si el tiempo fuera una medida de efectividad. Se oponen al concepto de que la justicia juvenil necesita tomarse su tiempo para observar a fin de entender mejor cada situación. ¿No es acaso el tiempo el mejor remedio para los males de la juventud? Pero en los tiempos modernos nos hemos vuelto impacientes, no los profesionales dedicados a trabajar con los jóvenes, sino la opinión pública que se ha inmiscuido en esta disciplina hasta ahora reservada a los especialistas. El público quiere— o por lo menos los políticos creen que quiere— resultados claros, inmediatos y tangibles. Esto nos lleva al segundo tema.

¹ Hartmut Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, traducido del alemán por Didier Renault, Paris, La Découverte, 2010.

Cada sistema de gobierno—con lo que quiero decir una forma particular de organizar las acciones humanas—se basa en lo que Michel Foucault denominó 'teoría de la realidad'²—en otras palabras, un sistema intelectual reconocido en ese momento como determinante de la verdad que, de este modo, marca el rumbo de las organizaciones, particularmente de las instituciones penales. La teología que tomó una perspectiva moral del delito y de la redención a través del sufrimiento y sentó las bases del modelo disciplinario fue suplantada por las teorías de la medicina, la higiene y las ciencias sociales en general. Esta perspectiva terapéutica dio el marco teórico a la legislación de 1945 y 1958 que le ha dado forma a la justicia juvenil [en Francia]. Pero en los últimos años ha surgido una visión diferente, el neoliberalismo³, que busca la verdad no en la comprensión de los seres humanos sino a través de una mirada económica del mundo. De ahora en más la economía decidirá las verdades absolutas, no sólo en los asuntos sociales, que aún los no marxistas han comenzado a aceptar, sino también en nuestras vidas privadas, ya que el neoliberalismo extiende el pensamiento económico a todos los aspectos de la vida.

Por ello la justicia juvenil se encuentra actualmente tironeada entre dos visiones de la realidad que apuntan en direcciones opuestas. Esta tensión existe no simplemente entre los profesionales por un lado y los políticos por el otro; esto sobresimplificaría el panorama. La 'nueva penología'⁴, si Ése es el nombre correcto, está ganando terreno entre los criminólogos; y no todos los políticos sienten entusiasmo por los nuevos sistemas de gestión pública. Por esta razón es necesario examinar en detalle las tensiones que introducen en el modelo de justicia juvenil el aceleramiento de los tiempos por un lado y la orientación neoliberal del posmodernismo por el otro.

² Un discours de vérité

³ Reflexiono sobre este punto en mi último libro: *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.

⁴ Ver la síntesis presentada en la 'note de veille' del Centre d'analyse stratégique, n°106, « Quelles évolutions des politiques de traitement du crime à l'ère de la 'nouvelle pénologie' », Julio 2008.

**Tratamiento individualizado versus
gerenciamiento de la delincuencia juvenil**

La nueva teoría de la verdad se caracteriza por los cambios de sentido, algunas veces tan sutiles que corren peligro de pasar desapercibidos. Recordemos el título de la tan controvertida 'Ley para dirigir y planificar el *funcionamiento* de la seguridad interna'⁵. El concepto de funcionamiento parece bastante elocuente respecto de las intenciones de los legisladores e implica el riesgo de eliminar todos los aspectos simbólicos de la ley a fin de reducirla a un mero instrumento. La efectividad en cuestión aquí no es solamente económica, aunque este matiz no estuvo ausente del debate sobre la justicia juvenil. Consideremos la introducción del segundo informe Benisti⁶ en donde se estima el nivel global de delincuencia en 115 millones, aplicando un cálculo poco claro y sin duda cuestionable y luego toma este dato como base para todas las propuestas que le siguieron.

Actualmente uno puede detectar un cambio en el 'grupo de referencia', o sea en el foco del sistema de justicia juvenil. La visión terapéutica se centra en el joven y su familia y, cuando involucra a la víctima, lo hace en relación con un incidente en particular. Esto contrasta con las teorías neoliberales que apuntan a dar más protagonismo al público, lo que da lugar a malos entendidos. Los jueces juveniles tratan con los jóvenes y sus familias, con las víctimas y con los profesionales que atienden a los jóvenes y no toman en cuenta la opinión pública que ellos consideran que no debería afectar el caso. Pero la nueva penología sí toma en cuenta la opinión pública, no la opinión de la víctima del delito en cuestión, sino la de **todas** las víctimas, o sea, de cualquier persona que podría verse potencialmente afectada por un acto delictivo. Sin posibilidades de cambiar lo que ha ocurrido, la justicia se lanza a prevenir las reincidencias.

Este cambio de dirección tiene importantes implicancias para las investigaciones de las causas de delincuencia. El modelo terapéutico las buscaba en la historia de los individuos, creyendo que la delincuencia es un síntoma que debe ser abordado mientras se intenta tratar las causas dentro de un marco educativo. Esto explica por qué la ley francesa otorga las funciones educativas y penales al mismo juez — *le juge pour enfants*—que generalmente aplica el concepto de que el apoyo educativo y los programas penales no son tan diferentes, ya que ambos implican tratamientos de largo plazo. El neoliberalismo cuestiona este supuesto, atribuyendo la culpa a la disociación entre el 'niño

víctima' y el 'adolescente agresivo'. Esta disociación, en términos psicoanalíticos, implica una separación radical y la represión de una relación amenazante, revela una concepción neoliberal de las relaciones sociales. La conocida frase de Margaret Thatcher: "No existe tal cosa como la sociedad" fue luego adoptada por Ronald Regan. En la visión del mundo neoliberal existen sólo los individuos, y el gobierno debería considerar sus intereses y sólo sus intereses, ignorando las dimensiones sociales. A partir de esto se desarrolló lo que David Garland denominó la 'criminología del otro'⁷ que niega todas las causas sociales (e ignora el hecho de que muchos de los agresores han sido a su vez víctimas).

En contraste con el enfoque terapéutico que busca soluciones tratando de acercarse lo más posible a los individuos y a sus problemas sociales, el neoliberalismo prefiere ver estos problemas desde lo alto. El informe Benisti, por ejemplo, trata de "instalar una fuerte cultura de la evaluación de las políticas nacionales para la prevención de la delincuencia en toda su complejidad, con el desarrollo de herramientas analíticas para que las causas del delito resulten innegables, inobjetables y estandarizadas"⁸. Aquí el término 'prevención' parece querer decir buscar consenso, a pesar de tener un significado completamente diferente del que tenía antes—el informe no se refiere a las causas de raíz de los desajustes sociales, sino a los enfoques de la delincuencia desde afuera, utilizando técnicas de estadística para informar sobre los análisis de riesgo. La delincuencia se aborda en forma colectiva como un fenómeno social o natural, que puede ser entendido a través de las estadísticas. Una vez que se han estandarizado las causas de algo, se puede elaborar un protocolo para abordarlas, y posiblemente comparar la efectividad de todas las intervenciones. Para los fines de evaluación, uno debe poder comparar y luego estandarizar, lo que es posible sólo cuando se ha podido acordar los criterios. De ahí la importancia de lograr consenso sobre las causas de la delincuencia, que en el enfoque terapéutico se pueden analizar mediante el análisis de casos. El neoliberalismo rechaza los debates teóricos, que considera fútiles, y prefiere focalizarse en los planes de acción. No encuentra sentido a las discusiones interminables sobre las causas de la delincuencia, las que se debe considerar de forma apolítica, ética y científica.

5: « Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ». LOPSSI

6 Comisión Parlamentaria Francesa sobre la prevención de la delincuencia entre los jóvenes y adultos jóvenes. Informe de Jacques-Alain Benisti, Assemblée Nationale, Marzo de 2011.

7 David Garland, « Contradictions of the 'punitive society': the British case », *Actes de la recherche en sciences sociale*, 1998, pp. 49-67.

8 Benisti *op cit*

¿Un joven en riesgo o un agente racional responsable?

El neoliberalismo no descansará hasta haber reemplazado a los seres de carne y hueso con sus historias individuales por *agentes racionales genéricos*. No niega que muchos delincuentes sufren problemas de conducta, pero cree que no es posible hacer nada al respecto; por el contrario, se corre el riesgo de empeorar el problema si se les presta demasiada atención. Desde esta visión, es mejor tratar a cada individuo—aún si es joven—como un ser racional y, considerando su interés, descubrir qué es lo que resultará más útil (palabra clave de los neoliberales) para el bien público. No pone en tela de juicio que las ciencias de la educación pueden entender las motivaciones psicológicas de una acción, sino simplemente señala que no sirven para prevenir la reincidencia. El neoliberalismo analiza todo en forma objetiva, con una mirada deliberadamente más pragmática, o por lo menos trata de hacerlo. Esto ayuda a explicar los repetidos intentos de reducir la edad de imputabilidad a 16 años.

Bajo esta nueva teoría de la realidad, el mecanismo de control es el mercado. Por lo tanto, una nueva política para contrarrestar la drogadicción, en lugar de atarse a tratamientos costosos y difíciles, propone legalizar la venta de drogas de forma que permita que los drogadictos se comporten como agentes económicos. Este enfoque se ve reflejado en la creencia que subyace a las reformas en curso, que se puede utilizar el dinero para influenciar las relaciones entre los padres y sus hijos, al igual que entre los padres y las autoridades judiciales. El último proyecto, que fue rechazado por el Consejo Constitucional, proponía aplicar multas a los padres que no se presentaron a los tribunales juveniles. Analizando el tema más cuidadosamente, la intención detrás de la multa ha cambiado sutilmente, con esto la imposición de la multa no trata tanto de castigar a los padres sino de ponerles presión forzándolos a tomar una opción económica. Uno podría decir, ¿no es ésta la naturaleza de todas las multas? Por supuesto, el dinero es neutral por naturaleza⁹, pero esto no impide que tenga menos efecto como castigo que como incentivo. En lugar de adoctrinar a los padres irresponsables, es mejor atacarlos a través del bolsillo, porque finalmente, este lenguaje es más universal que la mayoría de los valores. El dinero convierte a un problema moral en una elección económica, ¿me conviene más presentarme ante el tribunal juvenil que mantenerme al margen?

⁹ Simmel, Georg Simmel, *Philosophie de l'argent*, traducido del alemán por Sabine Corneille y Philippe Vierne, Paris, PUF, 1999, coll. « Quadrige », p. 49.

El significado de 'responsabilidad' también está cambiando. Uno se puede sorprender por la cantidad de medidas relacionadas con la responsabilidad de los padres: creación de escuelas para padres, cursos para ejercer la paternidad, comités departamentales sobre paternidad, informes para padres, estudios sobre las etapas de la paternidad, etc. Al igual que la suspensión de los subsidios familiares, la imposición de multas a los padres pone de manifiesto una nueva actitud. Bajo el modelo terapéutico, el juez de menores trata de que los padres asuman su responsabilidad, no por presión económica, sino brindándoles apoyo educativo; el deseo es ayudar y aún contribuir a que reciban más apoyo financiero.

El nuevo grado de importancia atribuido a la responsabilidad individual ha justificado una nueva división de tareas entre la administración y el poder judicial: los tribunales deben ser espacios que promueven asumir responsabilidad; un nexo demasiado directo para brindar apoyo o ayudar —lo que significaría volver al viejo modelo— implicaría el riesgo de confundir el mensaje. ¿Qué podemos decir de la tendencia actual en varios países a separar los sistemas de protección del poder judicial y tratar todos los delitos dentro de su competencia? ¿Cómo podemos explicar la atracción posmoderna por el castigo? Puede, por supuesto, ser visto como una consecuencia de la importancia que atribuyen los políticos de hoy a la seguridad, pero en realidad se trata de una respuesta a otras dos razones más profundas. A la justicia civil no le resulta fácil resolver las disputas en las que entran en juego partes en conflicto que no se pueden reconciliar. Después de todo, ¿no es un principio del posmodernismo que hay sólo narrativas que corren en forma paralela y que ningún individuo puede controlar? La justicia penal, sin embargo, tiene la virtud de autenticar hechos y esto resulta tranquilizante. En la justicia familiar, por ejemplo, del mismo modo en que el concepto de la culpa va desapareciendo del divorcio y el sistema judicial ya no controla las causas de la separación, la criminalización de la violencia doméstica ha aumentado. ¿No existe un nexo entre ambos hechos?

La reducción de la edad de imputabilidad penal ya no parece ser simplemente un deseo de reprimir, quizás esconde una incertidumbre más profunda sobre el proceso educativo, que se ha tornado más difícil por el creciente distanciamiento entre el mundo de los adolescentes y el de los adultos. La aceleración de los tiempos ha creado temores de pérdida de un mundo común —la sensación de una creciente dificultad para compartir experiencias. Si la adolescencia perturba a toda la sociedad por ser una edad en que no se han adoptado los códigos sociales, se torna más amenazadora cuando todo se acelera, incluso las etapas de la vida, por ejemplo con el inicio más rápido de la pubertad. ¿Es que los jóvenes llegan

más pronto a la adultez? No, pero comienzan la adolescencia más pronto, lanzados a esa etapa intermedia, los niños la inician cada vez más pronto y la abandonan cada vez más tarde. “Esta continua comprensión del presente implica que las distintas generaciones no se conectan, por lo menos no simultáneamente, y esto crea un problema de desincronización social. La experiencia, las prácticas y la sabiduría de la generación de los padres queda cada vez más desactualizada y pierde más significado, tornándose incomprendible, y viceversa”¹⁰. ¿Estamos viendo materializarse la sombría predicción del sociólogo Gerhard de Haan que sostenía que estamos siendo testigos de “el fin de la educación de los jóvenes por la generación inmediata anterior”¹¹?

La adolescencia constituye un nexo, no sólo entre generaciones, sino también entre la inocencia de la niñez y la libertad de la adultez, entre el estar cuidado y asumir responsabilidad. El neoliberalismo trata de resolver el problema de la adolescencia eliminándola, reduciendo en dos años la edad de imputabilidad penal y catapultando a los adolescentes al lenguaje universal de la utilidad y el castigo.

La suspensión del tiempo en la audiencia judicial versus el tiempo real de la cadena penal

Dentro del modelo terapéutico los tiempos judiciales se adaptan a la evolución del joven. Se necesita tiempo para analizar, para darle ‘tiempo al tiempo’. El sistema judicial trata de escapar del tiempo de los adolescentes, que se caracteriza por estallidos, impulsos e intensificación del aquí y ahora. Para los adolescentes todo es urgente, y todo el trabajo educativo que se hace con ellos consiste en responder a esta necesidad sin caer en su trampa.

El enfoque gerencial, por el contrario, ve con buenos ojos al tiempo real, “introduce el sentido de urgencia a cada situación”¹². El tiempo libre debe ser suprimido y las acciones de la justicia deben ser transparentes para el público. De aquí la expresión ‘cadena penal’¹³ que ha pasado a ser de uso común sin que nadie piense demasiado en su significado. La idea de ‘cadena penal’ se refiere a la visión de un tiempo continuo, de un flujo de tiempo que nunca se detiene, de un tiempo cerrado —lo opuesto exactamente del tiempo abierto de la educación que, cuando comienza, no se sabe cuándo se detendrá.

Para la nueva penología el tiempo tiene que tener sentido para un público agraviado que espera una respuesta efectiva de las autoridades. De ahí el

concepto de ‘tiempo real’ en los asuntos penales. Esto explica la importancia que se le otorga a la última reforma rechazada por el Consejo Constitucional, la opción de que el fiscal disponga una audiencia inmediata en los casos que involucran a jóvenes. La ira producida por un acto de violencia nos pone a merced de nuestras emociones. Lo que se percibe como importante es la impresión que se le da al público, no el efecto en la mente del joven.

El tiempo es prisionero de esta ‘cadena penal’ que priva a la acción de la justicia de uno de sus principales recursos: ni más ni menos el tiempo.

Pero, ¿no debería el sistema judicial alejarse de esta versión adolescente del tiempo, que es demasiado reactiva y no lo suficientemente reflexiva? Una reacción por impulso implica el riesgo de cerrar todas las posibilidades de cambio. ¿No es acaso el fin último de la educación dar tiempo, dar espacio o tiempo al joven y a su familia que cuando se sintieron acorralados sólo pudieron reaccionar o sobre-reaccionar? Es, por sobre todas las cosas el tiempo lo que se debe liberar de las cadenas de los procedimientos que lo han apresado. El sistema judicial debería verse a sí mismo como una oportunidad de desacelerar y dejar atrás el tiempo concentrado, este excesivamente intenso aquí y ahora que termina socavando el futuro de los adolescentes.

Podríamos decir, siguiendo el pensamiento de Bernanos, que no es el tiempo el que nos protege a nosotros, sino nosotros los que protegemos al tiempo. El sistema de justicia debe salvaguardar el precioso momento de la audiencia y esperar pacientemente una declaración, una confesión o una explicación, que pueden producir pesadumbre, pero quizás se trate del precio de hacer las cosas bien. La audiencia también es el momento de escuchar los silencios, de entender el contexto y prestar la debida atención a las palabras del juez y de este modo apreciarlas.

La audiencia suspende el tiempo de la misma manera en que suspende las relaciones normales de dominación. Por eso al acusado se le quitan simbólicamente las esposas durante su comparecencia en la corte, porque no debe estar bajo presión. Cuando el juez imparte una sentencia protectora, está iniciando un período especial que consiste en un tiempo de prueba y una segunda oportunidad. Esta pausa permite que el joven bajo custodia tome aliento mientras se enfrenta a una situación abrumadora. Otorgando este período especial, el juez trata de arrancar al joven de su destino y abrir nuevas perspectivas, de modo que pueda adaptarse a la libertad —un acto de coraje de las instituciones que deben oponerse a fuerzas reaccionarias. El neoliberalismo nos lleva de la rehabilitación al castigo.

¹⁰ Hartmut Rosa, *op. cit.*, p. 145/6.

¹¹ Gerhard De Haan, *Die Zeit in der Pädagogik. Vermittlungen zwischen der Fülle der Welt und der Kürze des Lebens*, Beltz, Weinheim, 1996, referred to in Hartmut Rosa, *op. cit.*, p. 146.

¹² Hartmut Rosa, *op. cit.*, capítulo 3.

¹³ “chaîne pénale” en el original

La rehabilitación es un intento, si bien desesperado, de cambiar un curso predestinado. Ésta es su gloria. La falta de certeza—en los métodos así como en los resultados—es otra de las quejas que se hacen contra las medidas educativas. Sus resultados inciertos no envían el mismo claro mensaje que las respuestas automáticas de un régimen de castigo. Las medidas educativas no son tan visibles. No se las puede comparar con el dramatismo de una condena. La aceleración del tiempo nos ha puesto a todos impacientes. Necesitamos tranquilizarnos viendo que se castiga, lo que es bastante cínico dado que los mismos políticos que llenan las prisiones con sus manos derechas las vacían con su mano izquierda. ¿Nos convencerían más las estadísticas criminales? En comparación con el castigo, la educación tiene un fin incierto y es, por sobre todas las cosas, para el largo plazo. Hoy día estamos ansiosos por obtener indicadores en los que pensamos que podemos confiar—en otras palabras, cifras—porque lo que no se puede expresar numéricamente simplemente no se considera relevante, y por sobre todas las cosas, no se lo puede comprobar.

Acción versus reacción

Cada una de estas teorías—rehabilitación y neoliberalismo—define el tipo de acción que debería tomar la justicia. Para la primera, la educación debe tomar una perspectiva de largo plazo que aborde las causas reales de los problemas del joven. En primer lugar, la intervención trata de alejarlo de la provocación que condujo al delito. Se supone que pertenece a un plano diferente, “construido deliberadamente después de una cuidadosa consideración, sin quedar atrapado en una serie de contratiempos similares a los del joven”¹⁴. El objetivo de un programa educativo es hablar, hablar con otros y escuchar. Ésta puede ser en algunas ocasiones una tarea bastante precipitada, pero es de gran valor para el proceso educativo. El tiempo demasiado comprimido implica el riesgo de romper, o lo que es peor, de endurecer la relación, y si no hay relación la educación no puede ocurrir.

El gerencialismo limita la relación judicial a un simple intercambio de información. Una videoconferencia—antiséptica y electrónica—es el ejemplo perfecto de esta nueva relación. La educación no se puede lograr por videoconferencia. Sin embargo, se podría utilizar para cuestiones procesales. El gerencialismo, a fin de forzar el ritmo aún más, está dispuesto a reducir el contacto con el juez a las cuestiones formales de procedimiento, con lo que se pierde el beneficio de un encuentro genuino con la justicia.

Aunque el proceso legal hace de la demora algo así como una virtud —porque introduce un espacio de tiempo entre el delito y el juicio, con lo que ayuda a calmar las emociones públicas y proteger al juez de presión, la multitud impaciente desea lo opuesto, exige resultados inmediatos. Operar en tiempo real produce una aceleración, que no se detendrá hasta que haya habido una reducción en los espacios y períodos de inactividad, con lo que se logra “una concentración de la actividad”¹⁵. Esta respuesta está alineada con la aceleración del tiempo: la acción debe encontrarse con la reacción. En el lenguaje de la tolerancia cero, es inconcebible no reaccionar y la tasa de castigo a los jóvenes es especialmente alta —93% contra 87% para los adultos. El neoliberalismo sostiene que los seres humanos no actúan, sino que responden a las señales que reciben de los sistemas de información a los que están conectados. No hablan entre ellos, se comunican a través de estos sistemas, por lo tanto ven “una progresión de la acción a la reacción”¹⁶.

Este nuevo enfoque de la justicia juvenil es una combinación de reducciones presupuestarias, de gerencialismo y de justicia como espectáculo. Ya no tiene que traer el cuerpo torturado como en la era del monarca herido descrito por Foucault al comienzo de *Vigilar y Castigar*, ni el espíritu sumiso está dispuesto a aceptar la reeducación como en el modelo disciplinario, más bien debe mostrar una institución que responde y cuya efectividad debe ser demostrada con estadísticas. El soberano debe poder demostrar que “se ha hecho algo”.

Los legisladores también han comenzado a reaccionar, porque para ellos la acción consiste en reaccionar ante todo lo que ha generado opinión pública. Reaccionan impulsivamente, algunas veces con ira. Los políticos tienen que mostrar su compromiso con las leyes, pero las leyes ya no resultan de utilidad en la verdadera acción política. “Hoy día”, dice Hartmut Rosa, “los políticos no actúan, tienen que contentarse con reaccionar ante los eventos.”¹⁷ En lugar de operar con su verdadero ámbito político, los gobiernos se perciben a sí mismos como jueces, algunas veces hasta asumiendo ese rol, creyendo que el rol de juzgar consiste en responder, reaccionar de forma casi automática ante el joven—una visión completamente opuesta al enfoque educativo que no se pone en el mismo nivel que el joven para no tener que reaccionar frente a su provocación.

¹⁵ « une 'densification' des épisodes d'action » Hartmut Rosa, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶ Alain Supiot, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 131.

¹⁷ Hartmut, *op. cit.*, p. 326.

¹⁴ de una declaración de la Asociación de Magistrados y Jueces de Francia.

En este contexto es posible entender la reforma que podría haber dado al fiscal la opción de una audiencia inmediata ante un tribunal de menores [*le tribunal pour enfants*] así como la aplicación de penas mínimas obligatorias a los menores—ambas propuestas declarada inconstitucionales— como acción refleja de la ley a través del poder judicial. Tiene sabor a respuesta automática, en línea con el pensamiento en términos de precios y tarifas, y del mercado, que para Foucault es lo que caracteriza a la mentalidad neoliberal.

La idea de una respuesta penal sugiere una reacción automática por parte de la institución, lo que es compatible con la nueva filosofía penal destinada a seres racionales, o mejor aún “plantea la cuestión en términos de racionalismo económico”¹⁸. La respuesta intenta crear conciencia en el público sobre los riesgos que corren si persisten en su conducta. Por eso es tan importante que el castigo sea certero. Para Foucault, la clave estaba en *disciplinar*. Se necesita certeza para que cada individuo pueda evaluar los riesgos de sus acciones, tomando en cuenta la sanción a la que se expone, pero también la probabilidad de que se la apliquen. La incertidumbre y falta de transparencia del juez juvenil crea obstáculos para comunicar esta información en forma clara. Entonces un delito puede ser percibido como un acto surgido, no de la intención de obrar mal o como acto de rebeldía, sino como un cálculo incorrecto —una mala evaluación de los riesgos. El castigo es el precio del delito, no una retribución. El paradigma del precio es coherente con la importación del concepto de mercado a la justicia y con una visión del tiempo cero —la instantaneidad de la transacción.

Conclusión

He tratado de describir un nuevo modelo aplicable a la justicia juvenil que sin embargo nunca podría aplicarse de una forma totalmente “pura”. ¿Qué se puede hacer al respecto? ¿Aplicarla en forma completa? Esto es una ilusión. ¿Oponerse de plano? Esto sería infantil y contraproducente. Este enfoque ignora el hecho de que en el mundo real ningún modelo se puede aplicar “en forma pura” y que siempre se presenta en combinación con otros. El modelo educativo utiliza los aspectos retributivos del modelo teológico previo que mantiene la represión y permite adaptarse a los mejores aspectos de este nuevo enfoque neoliberal. Por lo tanto la criminología actuarial no debe ser rechazada en forma categórica ya que aporta valiosos conocimientos sobre la delincuencia y sobre las carreras de los delincuentes, aún si este conocimiento no es suficiente para ilustrar a los educadores profesionales. El truco consiste en no rechazar al neoliberalismo sino en verlo como una expresión racional del bien público y en mejor comprensión de la delincuencia para que nuestro deseo de lograr una justicia verdaderamente humana finalmente se pueda materializar.

[De: la traducción al inglés de una conferencia dada en la Asociación francesa de Magistrados de la juventud el 19 de marzo de 2011 en París.](#)

[Antoine Garapon es autor de diversos libros y artículos, abogado y Secretario General del Institut des Hautes Etudes sur la Justice. Es miembro del comité editorial de *Esprit*.](#)

¹⁸ Michaël Föessel, *Etat de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire*, Lormont, Le bord de l'eau, 2010, p. 50



El 4 de enero de 2010 entraron en vigencia dos leyes importantes¹ en Bailiazgo de Guernsey que introdujeron cambios de fondo en el campo de la justicia juvenil, la protección de los niños, los derechos de los niños y el derecho de familia. En la edición de julio de 2008 de esta revista, Ruth Bowen (en ese momento consultora legal de los Estados de Guernsey), delineó los conceptos fundamentales de la nueva legislación y el contexto en el que debían operar.

El cambio más importante introducido por la Ley de Menores (Guernsey y Alderney) de 2008 (la Ley) fue la creación del Tribunal de los Niños, los Jóvenes y la Comunidad (CYCT). Siguiendo el modelo del sistema escocés de audiencias con los menores, el CYCT conoce de la mayoría de los casos de delitos juveniles y protección de menores. La filosofía sobre la que se basa el nuevo sistema es que no se pueden tratar por separado las necesidades y las conductas de los niños. Aplicando un enfoque holístico se puede ayudar en forma efectiva a los menores a superar sus problemas y a crecer para llegar a ser adultos productivos dentro de su comunidad.

Este artículo resume lo actuado por el CYCT desde 2008 y contiene una reflexión sobre el primer año de funcionamiento.

Aspectos clave del sistema CYCT

- La ley se aplica a los niños desde el nacimiento hasta el momento en que cumplen dieciocho años.
- Cuando se considera que un menor necesita cuidados y protección, o cuando su conducta es causa de preocupación, se lo puede derivar al Asesor de Menores (Children's Convenor, el funcionario público independiente que es responsable de decidir a qué niños derivar al CYCT).
- Después de la investigación del Asesor de Menores, se lo puede derivar al CYCT si se cumplen con los requisitos legales y si se

determina que puede existir la necesidad de intervención obligatoria del Estado.

- Los miembros del tribunal son voluntarios de la comunidad local que han recibido formación específica para desempeñar este rol. Las audiencias del CYCT se llevan a cabo con la presencia de tres miembros del tribunal.
- Las decisiones se toman en función de si el niño o el joven requieren intervención obligatoria para garantizar que reciban cuidados adecuados, protección, orientación y control. El bienestar del menor es la consideración principal para la toma de decisiones.
- El enfoque de este Tribunal es mucho menos formal que el de una corte de justicia. Apunta a tomar contacto con el menor y con la familia a fin de identificar la raíz de los problemas y encontrar formas de abordarlos dentro del contexto de la familia en la medida de lo posible.
- Diversos profesionales asisten a las audiencias del Tribunal. Se elaboran informes sobre la educación, la salud y el contexto social del menor.
- Sólo se puede impartir una orden legal (exigencia de cuidados) cuando el Tribunal considera que las medidas voluntarias no han sido suficientes o es poco probable que produzcan los cambios necesarios.
- Algunas de las razones para derivar un caso al Tribunal son las siguientes:
- El menor ha sufrido o tiene probabilidades de sufrir trastornos significativos en su salud o desarrollo
- El menor ha sufrido o tiene probabilidades de sufrir abuso físico o sexual
- El menor ha hecho uso indebido de drogas o alcohol o ha inhalado una sustancia volátil
- El menor está expuesto o tiene probabilidades de estar expuesto a daño moral
- El menor ha exhibido conductas violentas o destructivas y existen probabilidades de que se torne peligroso para sí mismo o se encuentra fuera del control de los progenitores
- El menor tiene 12 años o más y ha cometido un delito
- El menor está faltando a la escuela sin causas justificadas

Desarrollos desde 2008

En 2008 se creó la Asesoría del Menor (Board) y el Tribunal. La Asesoría tiene diversas funciones dispuestas por la Ley. También supervisa en forma estratégica la administración del sistema

¹ Ley de Menores (Guernsey y Alderney), 2008
Ley de Justicia Penal (Reforma del sistema de Menores y Jóvenes) (Bailiazgo de Guernsey), 2008

del CYCT. Actualmente la Asesoría cuenta con siete miembros que aportan su experiencia proveniente de distintas disciplinas. La Asesoría tiene representación de Guernsey, Escocia e Inglaterra y refleja la experiencia singular de la nueva Ley de Guernsey y Alderney.

En 2008 se publicó un aviso con un llamado para la designación de treinta miembros del Tribunal. El aviso tuvo una enorme respuesta, lo que es un fiel reflejo de la fuerte tradición de participación comunitaria en Guernsey y Alderney. Durante 2009 se llevó a cabo un intenso programa de formación de los miembros para transmitirles los conocimientos y destrezas necesarios para llevar a cabo su tarea. Actualmente el tribunal cuenta con 28 miembros de un rango de edad de 26 a 68 años. Muchos de ellos son trabajadores activos y ofrecen su tiempo en forma voluntaria para prestar este valioso servicio. Durante 2010 se realizaron 71 audiencias del tribunal. Estas audiencias involucraron a 32 menores y en 15 casos se impartió una orden de cuidado.

En febrero de 2009 viajé de Escocia a Guernsey para asumir el cargo de Asesora de Menores. Por haber trabajado en el Sistema de Audiencias de Menores durante varios años tenía una buena base para comprender los objetivos generales de la nueva Ley de Menores.

Principales diferencias con el Sistema escocés de Audiencias de Menores

Aunque el sistema de Guernsey está basado en el sistema escocés, tienen algunas diferencias significativas. A continuación se describen las principales diferencias:

- La Ley toma diversos conceptos del sistema de bienestar que se deben tener en cuenta al aplicar la Ley.
- El límite superior de edad para derivar un menor al Tribunal es 18 años. En Escocia es 16 años.
- En una reunión administrativa (reunión con el Asesor de Menores) que se realiza antes de la sesión del Tribunal se consideran las razones legales que motivaron la derivación al tribunal.
- El estándar de las pruebas exigido para todos los casos en los que se justifique la derivación (incluyendo la comisión de un delito) es la estimación de probabilidades.
- La edad mínima de imputabilidad es 12 años. Actualmente en Escocia es 8 años.
- La comisión de un delito de carácter penal no tiene consecuencias adicionales. En Escocia se aplica la Ley de Rehabilitación de Delinquentes de 1974.
- La decisión de detener a un menor o a un joven en condiciones de reclusión está reservada a la Corte. En Escocia la audiencia de niños puede autorizar el uso de un centro de reclusión.

- Cuando se requiere una intervención de más largo plazo o permanente en forma obligatoria se puede obtener una orden de la Corte.

En mi opinión, estas diferencias amplían y mejoran los principios de bienestar del sistema escocés y permiten al Tribunal concentrarse en los resultados de más corto plazo en forma más específica y se reserva a la Corte las decisiones más restrictivas y de más largo plazo.

Observaciones hasta la fecha

Se ha reconocido desde el principio que el éxito del sistema CYCT depende de la cooperación de otras agencias cuyo apoyo es vital para la implementación y el desarrollo continuo del sistema. Desde que asumí este cargo he percibido un gran nivel de apoyo al nuevo sistema y un gran compromiso de los profesionales y los voluntarios para que la teoría reflejada en el texto de la Ley se transforme en una realidad. Me ha llamado mucho la atención el alto nivel de cooperación entre las agencias y ya hemos visto algunas soluciones creativas y buenos resultados en algunos niños y jóvenes.

La reunión con el Asesor de Menores realizada antes de la sesión del Tribunal ha resultado ser una innovación clave. Además de servir al propósito inicial de liberar al Tribunal del frecuentemente complejo proceso de determinar si los hechos que sustentan las razones de la derivación son aceptables o no, ha resultado ser igualmente útil para posibilitar un compromiso efectivo del tribunal. Representa una oportunidad para que el joven y sus padres visiten la sede del Tribunal antes de la audiencia y les permite plantear todas las preguntas que tienen. Esto parece haber permitido a las familias tener menos ansiedad respecto del proceso e interactuar directamente con los miembros del Tribunal el día de la audiencia.

Las experiencias son todavía muy preliminares y es posible que hagan falta algunos años de trabajo antes de que el nuevo sistema quede completamente incorporado a la cultura y prácticas de Guernsey y Alderney. Las primeras señales son muy positivas. Los próximos pasos en el desarrollo del sistema incluyen reunir información y datos y trabajar con las agencias aliadas para diseñar modos de evaluar lo actuado focalizándose en los resultados. Me animo a decir que en un futuro no muy lejano Guernsey y Alderney tendrán un sistema de cuidados y justicia muy admirado que satisfará las necesidades de los niños, sus familias y la comunidad. Espero la oportunidad de comentar los nuevos avances.

Karen Brady está inscrito como abogado en Escocia. Es Coordinador de Niños para la Bailía de Guernsey.

karen.brady@gov.gg

Romper el ciclo: futura reforma del sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales**Profesora Kathryn Hollingsworth**

En diciembre de 2010, el gobierno de coalición publicó un documento de consulta sobre sus propuestas de futuras innovaciones en el sistema de justicia penal. El Documento Preliminar de Propuesta, *Romper el ciclo: castigo, rehabilitación y condena eficaces para los delincuentes* (*Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders*), plantea y trata de cubrir las tres prioridades del programa del Gobierno en relación con la justicia penal: castigar a los delincuentes, proteger al público y reducir el delito. El objetivo del Documento Preliminar consiste en demostrar 'cómo un esquema inteligente de condenas, acompañado de una rehabilitación más eficaz, nos permitirá romper el ciclo de delito y prisión que ocasiona nuevas víctimas a diario'. El Documento Preliminar incluye propuestas para introducir cambios tanto en el sistema de justicia penal de adultos como en el de justicia juvenil, que es el objeto principal de este breve artículo.

Las propuestas del Documento Preliminar no suponen una revisión radical del sistema de justicia juvenil, a diferencia de las efectuadas por el gobierno laborista electo en 1997. Más bien, *prima facie*, *Romper el ciclo* parece proponer únicamente un cambio incremental en los aspectos procesales del sistema de justicia juvenil; por ejemplo, no hay propuestas para introducir nuevas condenas, las principales sentencias de trabajo comunitario y custodia – la Orden de Rehabilitación Juvenil y la Orden de Detención y Formación – se mantendrán. Sin embargo, se proponen cambios más significativos con respecto a las estructuras de gobierno y la asignación de responsabilidades dentro del sistema de justicia juvenil. La totalidad de las propuestas queda sujeta a modificación, ya que, después de todo, es un documento de consulta. No obstante, se puede observar claramente la arremetida del programa de Gobierno con respecto a la justicia juvenil. A continuación explicaremos brevemente las propuestas de reforma.

Romper el ciclo: las propuestas

Como se indicara precedentemente, los objetivos del gobierno de coalición con respecto a la justicia penal son los de evitar la comisión de delitos, castigar y rehabilitar a los delincuentes. *Romper el ciclo* presenta así ecos de la 'nueva justicia juvenil' prevista e implementada por el Gobierno Laborista cuando asumió el poder en 1997. La Ley de Delitos y Desorden de 1998 (*The Crime and Disorder Act 1998*) –el ejemplo legislativo más significativo de la reforma laborista del sistema de justicia juvenil– convirtió a la prevención en la principal meta del sistema de justicia juvenil (ver artículo 37 de la Ley de Delitos y Desorden de 1998 y artículo 9 de la Ley de Justicia Penal e Inmigración (*Criminal Justice and Immigration Act*) de 2008 en la parte relativa a las condenas) y aumentó la 'responsabilización' al disminuir la edad de imputabilidad de responsabilidad penal total (mediante la abolición de la presunción de *doli incapax* para los individuos de 10 a 13 años de edad), modificando la atribución de responsabilidad (al extender la responsabilidad a los padres) y la forma en que se responde a dicha responsabilidad (por ejemplo, a través de la introducción de la justicia cuasi-restaurativa con las órdenes de remisión). Aunque en los últimos años se redujo la cantidad de niños que ingresaron al sistema de justicia juvenil y se observó una tendencia descendente en la cantidad de menores condenados a prisión¹, las tasas de reincidencia de los jóvenes siguen siendo elevadas². El documento *Romper el ciclo* trata de abordar esta realidad a través de la 'nueva justicia juvenil', poniendo énfasis en la prevención y la responsabilización, en tanto efectúa propuestas potencialmente positivas tanto para los niños como para el erario público.

Prevención

El enfoque del gobierno de coalición sobre la prevención consta de dos elementos principales: en primer lugar, un interés particular en la crianza de los hijos y el rol de las familias en la reducción del riesgo de que los niños participen en actividades delictivas y, en segundo lugar, la respuesta de las instituciones de la justicia penal cuando los niños participan en actos delictivos menores.

Con respecto al primer aspecto, las propuestas de la coalición reflejan el enfoque adoptado por el gobierno anterior, poniendo el acento en el apoyo temprano de diversos organismos para familias con conflictos y el uso de órdenes coercitivas

¹ Ver los datos de volumen de trabajo de la YJB: <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/yjb-annual-workload-data-0910.pdf>

² El 75% de los sentenciados a custodia y el 68% de los que reciben sentencias de trabajo comunitario reinciden dentro del año. Ver *Breaking the Cycle*, pág. 67.

cuando 'los padres se rehúsan a afrontar sus responsabilidades'. Por ende, el nuevo gobierno 'alentará' a los Equipos de Delincuencia Juvenil (YOT, por sus siglas en inglés, equipos responsables de la prestación de servicios de justicia juvenil en las administraciones locales) a que hagan uso extensivo de las órdenes judiciales para los padres. Las órdenes judiciales para padres fueron originalmente introducidas por el gobierno laborista en 1998 y son sin duda el mecanismo más explícitamente dirigido a lograr el cumplimiento de los deberes parentales en el contexto de la justicia juvenil³. El artículo 8 de la Ley de Delitos y Desorden de 1998 habilita a los tribunales a emitir órdenes judiciales de hasta 12 meses para obligar a los padres a cumplir con los requisitos de la orden. Estos requisitos pueden incluir el ejercicio de funciones específicas con respecto al niño (tales como la asistencia a la escuela o la orden de no circular) pero el objetivo primario de las órdenes judiciales para padres es obligar a éstos a asistir a un 'programa de asesoramiento o guía' (clases para padres). El uso de las órdenes judiciales para padres en Inglaterra y Gales se ha ampliado desde su introducción y actualmente se pueden utilizar en una gran variedad de circunstancias, incluso cuando un niño es condenado por un delito, falta a la escuela, tiene mala conducta en la escuela o ha sido remitido a un YOT (aunque no haya sido condenado por un delito) se puede emitir una Orden Judicial por Comportamiento Antisocial (ASBO)⁴, una Orden Judicial por la Seguridad del Niño o una Orden Judicial por Delito Sexual a nombre del menor. Sin embargo, se considera el uso de las órdenes judiciales para padres –cuyo incumplimiento constituye delito– solamente como último recurso, cuando los padres no han aceptado voluntariamente recibir ayuda respecto de su habilidad para la crianza de los hijos o en los casos en los que el convenio establecido con los padres no ha dado los resultados deseados⁵. La vinculación entre la crianza de los hijos y la comisión de delitos es de larga data⁶, pero fue sólo al elegirse el gobierno laborista que se arraigó la idea de la capacitación obligatoria para 'mejorar' la crianza de los hijos y, de esta manera, abordar la delincuencia juvenil⁷. Sin embargo, no

está claro que las órdenes judiciales para padres resulten realmente eficaces para reducir la delincuencia y sean una herramienta apropiada para conseguirlo. En términos de eficacia, aunque existen amplias pruebas de que una intervención temprana en la vida de los niños puede mejorar su conducta⁸, es probable que en el momento en que se emplean las órdenes judiciales para padres –una vez que el joven ha comenzado a delinquir– es demasiado tarde para que los padres aprendan a ser padres, especialmente en los casos de los jóvenes en riesgo de cometer delitos graves⁹. Además, la evidencia que respalda la aplicación de la capacitación obligatoria de los padres como herramienta para mejorar el comportamiento de los niños sigue siendo escasa¹⁰. Existen también objeciones de principios, así como de orden práctico, respecto del uso de mecanismos de derecho penal para forzar la 'buena crianza': el aumento de las probabilidades de conflicto familiar entre el niño y el padre; la focalización de grupos sociales determinados para aumentar el control social; la tendencia de género de las órdenes (se imponen mayormente a las madres por el comportamiento delictivo de sus hijos); el desplazamiento de la responsabilidad del estado respecto de los niños y el (mal) uso de la ley como parte de un proyecto normativo para rehabilitar moralmente a la familia y moldear una imagen de 'buena' crianza¹¹. A pesar de estas críticas, se ha continuado confiando en las órdenes judiciales para padres: el *Plan de acción contra la delincuencia juvenil (Youth Crime Action Plan)*, adoptado por el gobierno laborista en 2008, volvió a hacer hincapié en su uso, que también se observa en las propuestas de *Romper el ciclo*. De este modo, el enfoque del gobierno de coalición respecto de las órdenes judiciales para padres es igual que el enfoque del gobierno anterior y no pone en tela de juicio la presunción de que estas órdenes son una herramienta útil para evitar la delincuencia. Aquí vemos una clara continuación de las políticas de un gobierno por parte del siguiente.

Sin embargo, donde la coalición se aparta de la administración anterior, es en cómo los organismos de la justicia penal deben responder ante los delitos menores y los casos en un que el menor delinque por primera vez. Los artículos 65 y 66 de la Ley de Delitos y Desorden de 1998 introdujeron un

³ En relación con la historia de la responsabilidad parental en el sistema de justicia juvenil, ver Arthur, R (2005) 'Punishing Parents for the Crimes of their Children' *Howard Journal of Criminal Justice* pág. 233.

⁴ El gobierno actual tiene planes de derogar las ASBO.

⁵ Ver Hollingsworth, K (2007) 'Responsibility and Rights: Children and their Parents in the Youth Justice System' *International Journal of Law, Policy and Family* pág. 190.

⁶ Por ejemplo, ver Farrington (2007) 'Childhood Risk Factors and risk focused prevention' en Maguire, M; Morgan, R; Reiner, R (eds) *The Oxford Handbook of Criminology* (4th edición, OUP)

⁷ Gelsthorpe, L. y Burney, E. 'Do we Need a Naughty Step: Rethinking Parenting Orders after Ten Years' *Howard Journal of Criminal Justice* págs. 470 a 473.

⁸ Farrington (2007) 'Childhood Risk Factors and risk focused prevention' en Maguire, M; Morgan, R; Reiner, R (eds) *The Oxford Handbook of Criminology* (4th edición, OUP)

⁹ Ver Walsh, C (2011) 'Youth Justice and Neuroscience: A Dual-Use Dilemma' *British Journal of Criminology*, pág. 21. Sin embargo, justamente son estos los casos en que otras iniciativas, como el subsidio para Intervención Temprana del Ministerio de Educación, pueden resultar útiles.

¹⁰ Gelsthorpe y Burney (2008), pág. 477.

¹¹ Para mayores referencias, ver Hollingsworth (2007), más arriba.

sistema estructurado de reprensiones y amonestaciones en reemplazo del sistema de advertencias a los jóvenes; el efecto de esto fue limitar el uso de las medidas alternativas a dos oportunidades (primero una reprimenda, en segundo lugar una amonestación final) luego de las cuales el niño es sometido a juicio. Una de las críticas a este sistema de medidas alternativas es que limita la discreción de la policía y se traduce en una mayor afluencia de niños al sistema de justicia juvenil a una edad más temprana y por delitos de menor gravedad, catapultándolos a través del sistema de justicia penal a mayor velocidad, independientemente de la gravedad o las circunstancias de los delitos que cometa posteriormente¹². Además, las reprimendas y amonestaciones pueden surtir efectos importantes para el joven porque son parte de un enfoque más intervencionista de la justicia juvenil, destinado a 'cortar la delincuencia de raíz'. Por consiguiente, el niño que recibe una amonestación definitiva puede ser instado a tener reuniones regulares con un trabajador de un YOT o participar en una intervención de un YOT, o puede encontrarse en el registro de delincuentes sexuales por ejemplo¹³. Por lo tanto, se pierden las ventajas de aplicar medidas alternativas: evitar la estigmatización, ofrecer una respuesta proporcionada para delitos menores y primeras infracciones y ahorrar recursos. Las propuestas del Documento Preliminar de 2010 abordan potencialmente estos factores utilizando en su lugar 'intervenciones informales' que podrían resultar 'más efectivas para lograr que el joven afronte las consecuencias de su delito, proveer reparación a las víctimas y prevenir la delincuencia ulterior'. Se propone, así, un sistema más simple, que otorga mayores niveles de discrecionalidad a la policía y el ministerio público. Por un lado, es un cambio positivo si logra evitar la escalada de los niños a través del sistema de justicia juvenil. Sin embargo, hay pruebas basadas en investigación de que incluso dentro del actual sistema estructurado, la policía puede ejercer un considerable grado de discreción y sancionar con medidas alternativas a los niños que han cometido delitos menores¹⁴. Todo aumento *adicional* de la discrecionalidad policial y el ministerio público debe ir acompañada de procedimientos claros que garanticen que no se abuse de esta discrecionalidad adicional, en particular si las medidas alternativas siguen implicando la intervención o la reparación. Los

procedimientos judiciales pueden ser excesivamente formales y corren el riesgo de absorber aún más al niño dentro del sistema pero proporcionan importantes garantías procesales y dan primacía a los derechos del niño en una forma en que la justicia administrativa no lo hace. Como de costumbre, el diablo está en los detalles, por lo tanto, todo cambio en el sistema de reprimendas y amonestaciones debería someterse a un minucioso análisis.

Con respecto a las propuestas relativas a un sistema de medidas alternativas más simplificado, se propone que las órdenes de remisión sean más 'flexibles' para los delincuentes sin antecedentes penales. Las órdenes de remisión son actualmente obligatorias para los jóvenes que se declaran culpables de su primera infracción y exigen que el joven asista con uno de sus padres a un panel de delincuentes juveniles donde se le pide al menor que relate su comportamiento delictivo, conozca preferentemente a la víctima y firme un 'contrato' expresando de qué forma reparará a la víctima por el daño causado. Las propuestas contenidas en *Romper el ciclo* no explican lo que significa tener mayor flexibilidad en este aspecto pero sugieren que los paneles deberían tener un enfoque restaurativo más fuerte. Actualmente, los paneles de delincuentes juveniles sólo se realizan en los casos en que el niño se ha declarado culpable ante el tribunal; de manera que tal vez se puede fortalecer el uso de este mecanismo en los procedimientos restaurativos *previos al juicio*. Esto reflejaría en forma más cercana el sistema de Conferencias de Grupos Familiares de Nueva Zelanda. Sin embargo, el éxito del fortalecimiento de los procedimientos restaurativos probablemente dependa de la buena voluntad y las posibilidades de las víctimas para asistir a los paneles. En el sistema actual, la adhesión de las víctimas ha sido limitada¹⁵.

Condena y remisión

Las propuestas de condena incluidas en el Documento Preliminar se concentran principalmente en las sentencias de custodia y en menor medida en las de trabajo comunitario. Por ahora, el gobierno se conforma con ver los resultados de la Orden de Rehabilitación Juvenil (introducida en noviembre de 2009) y está evaluando el impacto de la orden¹⁶. Vale destacar que el Documento Preliminar expresa que las sentencias de custodia para los jóvenes se deben aplicar sólo como último recurso y deben emplearse escasamente, para el bien del niño y del erario público. Si bien esto no garantiza la aplicación efectiva de este principio, es un gesto importante por parte del gobierno. *Romper el ciclo* tiene una propuesta en particular relativa a la

¹² Se denomina ampliación de la red. Ver Evans, R. y Puech, K. "Reprimands and Warnings: Populist Punitiveness or Restorative Justice?" *Criminal Law Review* pág. 794 y párrafo 2.34 de *Breaking the Cycle*.

¹³ *R (R) vs. Durham Constabulary y otros*. [2005] UKHL 21; [2005] 1 WLR 1184.

¹⁴ Ver Field, S (2008) 'Early Intervention and the 'New' Youth Justice: A Study of Initial Decision-Making' *Criminal Law Review* 177.

¹⁵ Crawford, A y Newburn, R (2003) *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice* (Devon: Willan).

¹⁶ Párrafo 2.41.

remisión que ha sido particularmente bienvenida y puede ayudar a reducir el uso de las sentencias de custodia. El Documento Preliminar menciona que el 57% de los jóvenes en remisión no reciben sentencia de custodia y que los jóvenes en remisión constituyen el 28% de la población bajo custodia en Inglaterra y Gales. Por consiguiente, se propone reformar la Ley de Fianzas (*Bail Act*) de manera tal que los niños no puedan ser sujetos a remisión si es previsible que no recibirán una sentencia de custodia. Esto no resolvería totalmente la existencia de niños en remisión que no recibirán sentencia de custodia pero contribuiría significativamente a reducir el porcentaje.

Actualmente, existen dos órdenes de remisión. La primera consiste en poner al niño bajo el cuidado de la autoridad local de conformidad con el artículo 23 de la Ley de Niñez y Juventud (*Children and Young Person's Act*) de 1969. Esta orden coloca al niño en un centro de formación seguro o en un hogar seguro de la administración local y se usa para todos los varones menores de 14 y mujeres menores de 17. La segunda orden es de remisión a custodia, por la que el niño es alojado en una institución para jóvenes delincuentes. Esto se usa para varones de 15-16 años de edad, a menos que el niño sea vulnerable y haya un lugar disponible al cuidado de la autoridad local, en cuyo caso se aplicará la primera orden. Esto significa que dos niños de 15 años de edad pueden estar sujetos a diferentes órdenes de remisión y muy distintos tipos de alojamiento por una mera cuestión de género. Esta aparente discriminación en razón del género no es considerada una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷. No obstante, la selección de la orden tiene importantes consecuencias legales. Los niños remitidos a los cuidados de la autoridad local adquieren el estatus de niños 'bajo cuidados' según el artículo 22 de la Ley de Niñez (*Children Act*) de 1989 mientras se encuentran en remisión pero los niños remitidos a custodia, no. Estar 'bajo cuidados' es importante porque les impone deberes específicos a las autoridades locales respecto de ese niño durante el período en que éste se encuentra bajo su cuidado y, en algunos casos (si se cumplen ciertas etapas), cuando el niño deja de estar bajo el cuidado estatal¹⁸. De modo que se tienen deberes para con los niños remitidos según el primer tipo de orden pero no con aquellos remitidos de conformidad con el segundo tipo. La propuesta de *Romper el ciclo* consiste en introducir *un solo tipo* de orden de remisión para *todos* los niños. Esto se recibirá

con beneplácito siempre que la única orden que se emplee sea la de remisión a los cuidados de la autoridad local (incluso si el niño es alojado en un Correccional de Delincuentes Juveniles) y *no* la de remisión a custodia. De esta manera, *todos* los niños en remisión responderían a la definición de niño 'bajo cuidados' y tendrían derecho a un apoyo adicional por parte de la autoridad local. Sin embargo, no queda claro en el Documento Preliminar cuál sería la modalidad de la nueva orden de remisión; únicamente se detalla que podrá aplicarse a los jóvenes de 17 años como máximo. En la actualidad, los jóvenes de 17 años son tratados en la misma forma que los adultos en cuanto a la remisión, lo cual constituye una violación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La inclusión de los jóvenes de 17 años en la norma de remisión de niños es, por ende, un paso en la dirección correcta.

Incentivos financieros

Una forma en la que el Gobierno propone reducir la delincuencia y minimizar simultáneamente la cantidad de jóvenes sentenciados a custodia consiste en 'incentivar' financieramente a las autoridades locales. Actualmente, las autoridades locales reciben un subsidio central que cubre todos los costos de la prestación de servicios de justicia juvenil en la administración local *excepto* el presupuesto de los centros de custodia; los fondos para la custodia son provistos por el Ministerio de Justicia. El gobierno propone transferir la financiación de los centros de custodia a las autoridades locales a fin de que éstas 'se hagan cargo del costo que implica mantener a los jóvenes bajo custodia en reconocimiento del beneficio de que haya menos jóvenes que requieran una sentencia de custodia'. Se llevará a cabo un plan piloto con un consorcio de autoridades locales con las que el Gobierno acordará un objetivo de reducción en el uso de las sentencias de custodia. Si no se cumple el objetivo acordado, una parte o la totalidad del subsidio de reinversión será recuperado por el Gobierno. Esta propuesta parece razonable dado que en la actualidad no hay incentivos financieros para que las autoridades locales mantengan a los niños fuera de la custodia y es consistente con las propuestas hechas por Rob Allen en 2006¹⁹. Sin embargo, el subsidio de reinversión se utilizará presumiblemente para aumentar el número de programas de prevención destinados a grupos 'en riesgo' en lugar de usarse para mejorar los servicios universales para los niños (dado que la prestación de servicios universales proviene del presupuesto para servicios infantiles y no del presupuesto de los YOT). Por lo tanto, es probable que continúen los problemas asociados a la identificación de niños 'en riesgo' o familias en riesgo, incluso la posible estigmatización y

¹⁷ *R (sobre la demanda de SR) vs. Nottingham Magistrate's Court* [2001] EWHC Admin. 802.

¹⁸ Ver Driscoll, J y Hollingsworth, K (2008) 'Accommodating Children in Need: R (sobre la demanda de M) vs. Hammersmith y Fulham LBC' *Child and Family Law Quarterly* pág. 522.

¹⁹ Allen, R (2006) *From Punishment to Problem Solving* (London: Centre for Crime and Justice Studies).

resistencia por parte de estas familias y niños a participar en programas de prevención. Además, se introduce el plan en un momento en el que los YOT enfrentan enormes recortes presupuestarios como consecuencia de la crisis económica; algunos YOT de Londres informan sobre recortes del 30% y superiores en sus partidas presupuestarias. Los servicios existentes, incluso los programas preventivos, tendrán que ser forzosamente seleccionados. Potencialmente, el dinero transferido a los YOT bajo este plan podrá destinarse simplemente a tapar esos agujeros financieros. Si fuera así, será un desafío extremo para los YOT lograr mayores reducciones en las cifras de jóvenes bajo custodia. Por lo tanto, resulta crucial establecer objetivos realistas que tengan en cuenta la reducción global de los fondos para que los YOT no sean injustamente castigados en sus finanzas y se impida su trabajo en beneficio de los jóvenes vulnerables.

Cambios estructurales

Tal vez las propuestas de mayor importancia sean las de reforma del sistema de gobierno del sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales. Parte de las reformas introducidas por el gobierno laborista en 1998 fueron institucionales: se creó un consejo ejecutivo estatal no departamental, el Consejo de Justicia Juvenil (YJB), bajo la dependencia del Ministerio del Interior (y, más adelante, del Ministerio de Justicia y la Dirección de Niñez, Escuelas y Familias) para (entre otras cosas) controlar el funcionamiento del sistema de justicia juvenil, asesorar al Ministro del Interior sobre el funcionamiento del sistema de justicia juvenil, difundir buenas prácticas, asignar niños a instituciones de custodia y realizar investigaciones. Además, se establecieron equipos de delincuencia juvenil (YOT) constituidos por diversos organismos en cada administración local para prestar servicios de justicia juvenil. El gobierno actual considera que los YOT están ahora 'firmemente instalados en la tarea de prestar servicios directos de justicia juvenil' y que ya no hay necesidad de mantener la supervisión central de una organización independiente. En tal carácter, el YJB será eliminado como parte de la abolición y reforma de corporaciones estatales expuesta en la Ley de Corporaciones Estatales (*Public Bodies Bill*).

Estos cambios estructurales del gobierno en la justicia juvenil coinciden con las pautas ideológicas más amplias del gobierno, en las que la atención se concentra más sobre los intereses de la sociedad en general y el papel que desempeñan las comunidades locales y el tercer sector en la prestación de servicios que sobre los intereses del gobierno. Esto contrasta con el control administrativo y centralizado que era evidente en las reformas a la 'nueva justicia juvenil' efectuadas por el gobierno laborista en 1998. *Romper el ciclo* es claramente un avance hacia una mayor discrecionalidad profesional, una mayor responsabilidad local y un control central 'más leve' del desempeño (por parte del Ministerio de Justicia) que consiste en inspecciones para determinar los niveles de riesgo. Se prestará especial atención a la supervisión de tres resultados principales: la reducción del número de ingresantes iniciales al sistema de justicia juvenil, la reducción de la reincidencia y la reducción de la delincuencia.

Se ve claramente que las reformas tendrán importantes implicancias financieras y sobre los recursos y forman parte de la amplia campaña de ahorro del Gobierno en su tentativa de abordar la crisis económica. Debería verse con particular preocupación el efecto causado sobre los YOT por el aumento en nivel y complejidad de su carga de trabajo. No obstante, si en este escenario de recursos reducidos *se logran* las metas – reducción de la delincuencia, la custodia y la reincidencia teniendo en cuenta el bienestar del delincuente juvenil– estas serán positivas los niños y serán consistentes con algunas de las normas expresadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y la Observación general N° 10 del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Profesora Kathryn Hollingsworth—Facultad de Derecho de Universidad de Newcastle upon Tyne.

La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el proceso de imposición de condenas a jóvenes que delinquen en Nueva Zelanda Linda McIver



En su decisión de julio de 2010 del caso *Pouwhare vs. R* 24 CRNZ 868, el Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda enumeró algunos principios básicos relativos al alcance del deber de los jueces de respetar y defender los derechos de los niños o jóvenes que delinquen consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN).

Los hechos

Pouwhare, una joven de 16 años, se declaró culpable en el Tribunal de Menores con respecto a las acusaciones de robo, robo agravado y posesión de marihuana. Las acusaciones se referían al asalto de un comercio local. Pouwhare y su acompañante estaban armados con cuchillos. Además, varios meses antes, Pouwhare había asaltado y robado a una mujer en el andén de una estación de tren.

El juez que presidía el Tribunal de Menores impuso la pena más grave que puede imponer dicho tribunal –condena a prisión y transferencia del caso a un tribunal ordinario de primera instancia (de adultos) para que se dicte sentencia–.

El aspecto legal

El Tribunal Penal de primera instancia se enfrentó con la gran dificultad de respetar los principios de la justicia juvenil y a su vez imponer una condena a prisión. Los “principios de la justicia juvenil” son aquellos consagrados en la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias de 1989, que deben ser tenidos en cuenta por el Tribunal de Menores al dictar sentencia, a saber:

- Las medidas dirigidas al tratamiento legal de los menores o jóvenes que delinquen deben apuntar al fortalecimiento de la familia y los

grupos familiares y a fomentar la capacidad de las familias de desarrollar sus propios medios para lidiar con la conducta delictiva de los niños y jóvenes de la familia (artículo 208(c));

- El niño o joven que comete un delito debe permanecer en la comunidad mientras sea posible y compatible con la necesidad de asegurar la seguridad pública (artículo 208(d));
- Cualquier sanción impuesta sobre un niño o joven que comete un delito debe representar la mejor forma de mantener y promover el desarrollo del niño o joven dentro de su familia, adoptando el carácter menos restrictivo posible según las circunstancias (artículo 208(f));

Al margen, desde que se tomó la decisión sobre el caso Pouwhare, el gobierno de Nueva Zelanda agregó un nuevo principio aplicable al dictado de sentencias, a saber, que las medidas dirigidas al tratamiento legal de los niños y jóvenes que delinquen deben, en la mayor medida posible, abordar las causas subyacentes de la conducta delictiva del niño o joven (artículo 208(fa)).

Al dictar sentencia en el Tribunal de Menores se pone menos énfasis en los objetivos de disuadir, denunciar públicamente, castigar e imponer igual castigo por iguales delitos. En el Tribunal de Menores, lo importante es que la sentencia presente un equilibrio entre la necesidad de dar una respuesta judicial concreta y la necesidad de abordar las causas subyacentes de la conducta delictiva de los niños o jóvenes.

El Tribunal Penal tuvo un conflicto con las autoridades del Tribunal Superior (*High Court*) que pensaban que no se debían tener en cuenta los “principios de la justicia juvenil”. Estos dos enfoques ofrecían resultados muy distintos para Pouwhare. Si se tenían en cuenta los principios de la justicia juvenil, lo más probable era que se imponga una condena de arresto domiciliario. El juez de primera instancia, considerando todos los elementos del caso, determinó que no se debían tener en cuenta los principios de la justicia juvenil e impuso una pena de 2 años y medio en prisión. Para establecer el plazo de la pena, el juez comenzó adjudicando una pena de cuatro años y medio para reflejar la gravedad de los delitos cometidos. Luego redujo el 25% de la pena en virtud de la minoría de edad de Pouwhare, y redujo otro 33% porque ella había admitido su culpabilidad.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La decisión fue apelada ante el Tribunal Superior, que confirmó la sentencia, y luego ante el Tribunal de Apelaciones.

La decisión del Tribunal de Apelaciones

En su sentencia, el Tribunal de Apelaciones afirmó que la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias de 1989 está dirigida al tratamiento legal de menores cuya conducta delictiva es del orden menos grave. En este sentido, afirmó que la Ley no es aplicable a los menores que cometen delitos tan graves que resultan comparables a la conducta delictiva de un adulto, especialmente si se acercan a la edad de 17 años.

Si el Tribunal de Menores ordenó que se debía condenar a prisión a la joven y que se debía transferir su caso a un tribunal de adultos para dictar sentencia, dicha orden se debe acatar en forma literal. Al dictar dicha orden, el Tribunal de Menores determinó que el delito era tan grave que no se debían aplicar los principios especiales contemplados en la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias. En tal caso, sólo debería aplicarse el régimen de imposición de condenas a adultos contemplado en la Ley de Sentencias de 2002. No obstante, según los términos de la Ley de Sentencias, la edad de la persona es un elemento que se debe tener en cuenta a la hora de imponer una condena.

El Tribunal consideró que el juez que dictaba la sentencia tenía la obligación de respetar la CNUDN y actuar de acuerdo con sus disposiciones en la medida en que éstas fueran coherentes con la Ley de Sentencias. En particular:

- que se debía atender al interés superior de la joven como consideración primordial;
- que el juez debía tratar a la joven de forma tal que fomentara su sentido de la dignidad y el valor propio;

- que el juez debía fortalecer el respeto de la joven por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros;
- que el juez debía imponer una condena teniendo en cuenta la minoría de edad de la joven y la importancia de promover la reintegración de la joven y de que ésta asuma una función constructiva en la sociedad.
- Dicha obligación significa que los jueces penales siempre deben tener en cuenta la edad del demandado y las razones por las cuales se cometió el delito, y sopesarla con la gravedad objetiva del delito cometido y las posibilidades de rehabilitación. En particular, el juez del Tribunal de Apelaciones afirmó que no había ningún límite establecido para la aplicación de reducciones a la condena de un menor. En algunos casos, la edad del demandado puede ser un factor atenuante de gran importancia o incluso decisivo, aunque se trate de un delito grave. Pero no hay ninguna disposición legal que indique que la minoría de edad por sí misma debe prevalecer como el factor de mayor relevancia al momento de dictar sentencia, o que puede justificar la reducción radical de una condena que sería adecuada para el caso.

[Linda McIver](#), asesora en investigación del magistrado principal del Tribunal de Menores de Nueva Zelanda

¿Cuántos años tenemos?—breve historia de la AIMJF Oscar d'Amours



Oscar d'Amours

En 2010, durante nuestro XVIII Congreso en Hammamet —en el que celebramos el 80° aniversario de nuestro primer Congreso Mundial— nuestra presidente Renate Winter finalizó su discurso con estas palabras: “Espero ser invitada algún día al cumpleaños de 100 años de nuestra ‘Anciana Dama’” (la AIMJF).

Si nos disponemos a adornar el salón y enviar nuestras invitaciones para la celebración de los 100 años, primero debemos recordar cómo comenzamos.

Varios miembros se están preguntando si la Asociación cumplió 100 años en 2011 o sólo 83 años.

Repasemos lo que ocurrió, el contexto, los objetivos y algunos datos.

El contexto

A comienzos del siglo XX, la sociedad estaba muy preocupada por los jóvenes en situación de riesgo. En 1899 ya se habían creado tribunales en los Estados Unidos con el fin de alentar a los jueces y las organizaciones sociales a ayudar a los jóvenes que estaban en dificultades, tanto en Europa como en América. A partir de 1906, Hubert Julhiet comenzó a promover la idea de la justicia juvenil, diferenciándola de la justicia para adultos. En esta iniciativa recibió el apoyo de MM Deschanel y Ferdinand-Dreyfus¹

Édouard Hubert Julhiet organizó el primer Congreso Internacional de Tribunales Juveniles



Edouard JULHIET, 1870-1931

© [Photo Collections Ecole polytechnique](#)

en París del 29 de junio al 1 de julio de 1911. Además de presidir el comité organizador, fue el motor impulsor del congreso, del que participaron más de trescientos delegados². Durante el primer congreso se creó una Comisión Internacional “para plasmar los principios de la Asociación (...) y encargarse de la organización del segundo congreso”. Lamentablemente, la comisión no logró organizar un segundo congreso. Tuvieron que pasar casi veinte años para que se pudieran materializar los deseos expresados en 1911.

Durante el Congreso de Protección del Niño, realizado en París en julio de 1928, los jueces pioneros, que “se sentían abrumados por la magnitud de los problemas”, sintieron la necesidad de aunar esfuerzos³. Crearon un comité ejecutivo provisorio conformado por el presidente Henri Rollet (Francia) y otros seis miembros: el vicepresidente Paul Wets (Bélgica), el secretario M. Franck (Alemania) y los vocales I. L. Clostermann (Alemania), Pierre de Németh (Hungría), Enrico de Y de la Llave (España) y Antoni Komoroski (Polonia)⁴.

² McCARNEY, Willie, Historia de la Asociación internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, Parte 1 (*History of the International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (Part 1)*), Crónica No.2, Vol.11, diciembre de 2002, página 30.

³ Congresos Internacionales (1930-1970), página 2, publicado por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, Tribunal de la Jeunesse, Rue des Quatre-Bras, 13,1000 Bruselas.

⁴ Ibidem.

¹ JULHIET, Hubert, Édouard, <http://annales.org/archives/x/julhiet.html>.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Como señaló Henryka Veillard-Cybulska en su historia de la AIMJF⁵:

Deseando rendir tributo a Bélgica por el rol particularmente activo y pionero que tuvo el país en el campo de la protección de los jóvenes, y al Juez Wets en particular, los participantes propusieron que la sede principal de la Asociación esté en Bruselas y que el primer congreso se realice en esa ciudad.

De este modo se constituyó legalmente la AIMJF en 1928 en París “en el espíritu de la comunidad de las naciones y para contribuir al trabajo de dicha comunidad”⁶.

El primer Congreso de la Asociación Internacional de Jueces del Menor (hoy conocida como la AIMJF) se realizó en Bruselas del 26 al 29 de julio de 1930⁷.

Objetivos

Henryka Veillard-Cybulska, subsecretaria general de la Asociación (1966-1974), en su historia de los congresos de la Asociación, menciona los objetivos que se fijaron para la AIMJF en el momento de su creación:

«Según los estatutos, los objetivos de la Asociación eran:

1. Establecer lazos de unión entre jueces y magistrados, quienes, en los diferentes países pertenezcan a una jurisdicción de protección de la juventud para formar una asociación entre los miembros y contribuir al concepto de hermandad, conciliación y justicia.
2. Interesarse en todas las cuestiones y problemas que presentan el funcionamiento de las jurisdicciones desde una perspectiva internacional; asegurar la defensa de los principios nacionales e internacionales que consagran su existencia y la continuidad de la difusión de estos principios para equipar a los países que aún no han creado estas jurisdicciones.
3. Estudiar las legislaciones relativas a la protección de los menores y a la organización de los diversos sistemas de tribunales de menores con el fin de mejorar y perfeccionar las instituciones nacionales.
4. Favorecer las relaciones entre los miembros, facilitar soluciones de interés para los sistemas de justicia de otros países por parte de los países que favorecen el estudio de la familia y la sociedad, proveyendo documentación sobre el trabajo y los métodos a fin de asegurar y acelerar soluciones adecuadas en diversas situaciones.
5. Favorecer la investigación en todos los países acerca de la delincuencia juvenil a fin de combatir sus efectos y, particularmente, crear o difundir

programas permanentes de prevención utilizando todos los métodos posibles de prevención o reeducación e interesarse por el mejoramiento moral y material de los jóvenes, especialmente de los que han sufrido infortunios o han sido segregados por razones morales⁸.

Aunque la redacción de nuestros estatutos en 2011 tiene un enfoque contemporáneo, el espíritu de la redacción original persiste y debería continuar siendo una fuente de inspiración para nuestro trabajo.

Con los años, se ha agregado un nuevo objetivo para dar cuenta de la creación de organismos internacionales dedicados a los jóvenes: «Trabajar conjuntamente con las asociaciones internacionales dedicadas a la protección de los jóvenes y la familia».

En resumen, nuestro principal objetivo ha sido siempre mantener los nexos entre los magistrados de diferentes países y con otras asociaciones internacionales dedicadas a la protección de los niños y las familias; promover la investigación y los estudios internacionales sobre los problemas relacionados con el funcionamiento de los sistemas de justicia juvenil, promoviendo a su vez la colaboración entre los países y las autoridades con respecto a la situación de los jóvenes y sus familias⁹.

Congresos

Para lograr sus objetivos, la Asociación organiza o auspicia seminarios sobre temas relacionados. No obstante, desde sus comienzos, la principal actividad de la Asociación ha sido, sin duda, organizar un Congreso Mundial especializado cada cuatro años. Por tener estatus consultivo con las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, la Asociación ha participado en el desarrollo de instrumentos regionales e internacionales vinculados con los Derechos del Niño.

Hasta el V Congreso celebrado en Bruselas en 1958, la Asociación no había adoptado un tema general para la planificación de los congresos, sino que se abordaban parcialmente varios temas¹⁰.

A continuación figuran las fechas y las sedes de los 18 congresos que se han realizado desde 1930 hasta 2010, junto con los temas que se debatieron en cada uno de ellos¹¹.

⁸ Nota 3, página 8.

⁹ *Informations sociales, La justice pour mineurs*, CNAF, diciembre de 1974

¹⁰ SEGUIN, Agnès, *Association française et Internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille, AFMJF/AIMJF*, Fonds 2005033, répertoire numérique détaillé, página 3: www.cnahef.org/uploads/cnaches/fonds/afmjf_aimjf_repertoire.pdf

¹¹ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem* nota 3, página 8.

⁷ *Ibidem* nota 2, página 31

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

<i>Bruselas</i> 26-29 julio de 1930	Los menores en los tribunales Perspectivas nacionales e internacionales de los tribunales de menores vs. la protección del menor
<i>Bruselas</i> 15-17 de julio de 1935	Efectos de la crisis económica y el desempleo sobre los niños y adolescentes Alcance de una fuerza policial especializada en los niños Cuidado de los niños desde el exterior Servicios de apoyo para los tribunales de menores
<i>Lieja</i> 17-20 julio de 1950	Organizaciones dedicadas a entender los conflictos entre los niños y la sociedad y entre los niños y su entorno Principales aspectos del problema de los niños socialmente inadaptados Justicia juvenil: capacitación y especialización de los jueces de los tribunales juveniles; trabajo conjunto con los servicios auxiliares de los tribunales
<i>Bruselas</i> 16-19 de julio de 1954	Legislación sobre menores (problemas generales) Intervenciones justificadas por relaciones entre los padres y los niños Los niños y la sociedad Protección del menor
<i>Bruselas</i> 14-18 de julio de 1958	Tema general : Acción social y educativa por parte de los tribunales de menores
<i>Nápoles</i> 26-29 de septiembre de 1962	Tema general: Capacitación y apoyo a los magistrados de menores
<i>París</i> 18-23 de julio de 1966	Protección judicial de los jóvenes en todo el mundo
<i>Bruselas</i> Julio de 1970	El magistrado, el menor, la familia y la comunidad
<i>Oxford</i> 15 al 20 de julio de 1974	La justicia de menores en un mundo cambiante
<i>Montreal</i> 17 al 22 de julio de 1978	Los jueces y las presiones del entorno sobre los jóvenes y las familias
<i>Ámsterdam</i> Agosto de 1982	La justicia juvenil y las familias en el contexto social
<i>Río de Janeiro</i> 24 al 29 de agosto de 1986	Los menores separados de sus familias
<i>Turín</i> 16 al 21 de septiembre de 1990	Nuevos tipos de familias
<i>Bremen</i> Febrero de 1994	Los jóvenes delincuentes y sus familias: cuestiones de derechos humanos
<i>Buenos Aires</i> Noviembre de 1998	Los jóvenes y los cambios sociales: nuevos desafíos para la justicia, la política y la sociedad.
<i>Melbourne</i> 26 al 31 de octubre de 2002	Forjando lazos
<i>Belfast</i> 27 agosto al 1 de septiembre de 2006	Rearmando las piezas
<i>Hammamet</i> 21 al 26 de abril de 2010	Unidos en la diversidad

Conclusión

Según lo expresara el Dr. Willie McCarney¹, debemos reconocer que la Asociación tiene raíces que le han permitido crecer desde 1911 gracias al trabajo de Edouard Hubert Julhiet. También se debe reconocer, destacando el trabajo del Juez Wets de Bélgica, que la Asociación se fundó legalmente en 1928 durante la primera ola de creación de organizaciones internacionales, como la Liga de las Naciones, de 1919.

Entonces, ¿debemos elegir una sola fecha para la celebración de nuestro aniversario?

¿Debemos dar prioridad a los antecedentes de 1911, 1928 ó 1930 para reflexionar sobre el trabajo y el espíritu de todos aquellos que aportaron su esfuerzo cada uno de esos años?

En este sentido, sugeriría que hagamos lo que hacen muchas familias. Deberíamos celebrar cada una de esas fechas para recordar el camino que hemos seguido en la tarea de promover los derechos de los niños en riesgo.

En el campo de los derechos del niño, deberíamos resaltar enfáticamente todos los progresos o avances que hemos realizado para no olvidar el camino que hemos recorrido y para recordar que lograr el respeto de los derechos del niño en todo el mundo siempre será una tarea inconclusa.

Esperamos levantar nuestras banderas con la mayor frecuencia posible para celebrar los logros históricos de la Asociación y para continuar apoyando nuestro trabajo en los años venideros.

Oscar d'Amours*, Vice Presidente AIMJF

¹ Nota 2, página 30
JULIO 2011

Rúbrica del Tesorera

Avril Calder

Recordatorio sobre las suscripciones

A principios de 2011 mandé emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 30; Euros 35; CHF 50, como se acordó en la Asamblea General en Túnez en abril de 2010) 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 de internet www.judgesandmagistrates.org, hacer click en suscripción 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;
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

IDE Información

Master interdisciplinaire en droits de l'enfant (MIDE)

Este programa de Master en derechos del niño es un programa a tiempo completo, dispensado en francés. Se dirige a estudiantes titulares de una Licencia o de un Master en Derecho, Sociología, Psicología, Pedagogía curativa, Ciencias de la educación o Ciencias sociales y políticas que desean completar sus estudios en el marco de los derechos del niño.

El MIDE tiene como objetivo mejorar los conocimientos teóricos y prácticos de las profesiones afectadas por los cambios relativos al lugar del niño en nuestra sociedad y a la mirada sobre la niñez, tanto a nivel local, nacional que internacional. Este programa permite a los estudiantes profundizar sus habilidades en el marco de los derechos del niño y desarrollar aptitudes de análisis y trabajo interdisciplinario, especializándose, a la vez, en ámbitos específicos gracias a proyectos de investigación, prácticas y trabajos de grupo.

El MIDE está organizado por el Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB) en colaboración con la Universidad de Fribourg, Suiza. Dispensado en el IUKB, en Sion/Suiza, durante tres semestres (un año y medio), equivale a 90 créditos ECTS.

La próxima edición empezará el **19 de septiembre** de 2011. Inscripción tardía posible hasta el **31 de agosto de 2011**.

Para mayor información, consulte la siguiente página web: www.iukb.ch/mide

Veillard-Cybulski 2012 recompensa

Cada dos años, el premio de la Asociación recompensa un trabajo que aborde con originalidad los métodos de tratamiento de los niños y adolescentes y de sus familias en dificultades. Os informamos que las candidaturas para el premio Veillard- Cybulski 2012 pueden ser enviadas hoy, a la asociación Fonds Veillard-Cybulski.

Para más detalles, por favor consulten la página siguiente donde podrán encontrar toda la información: http://www.childsrights.org/html/site_fr/index.php?c=ins_vei_prix. »

Espacio des contactos**Redactora**

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. **Redactora**

De	Tema	Enlace
La Comisión Europea	Hacia una Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño Directiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y proteger a sus víctimas.	http://ec.europa.eu/justice/policies/children/policies_children_intro_en.htm http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32011L0036
Naciones Unidas Consejo de Derechos Humanos	Derechos del niño: un enfoque holístico para la protección y promoción de los derechos de los niños que trabajan y / o viven en la calle 24/3/2011 adoptado por el Consejo de Derechos Humanos (16ª reunión)	http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/open docpdf.pdf?reldoc=y&docid=4dbfe9ab2
Bernard Boeton* Fondation Terre des Hommes (TdH)	Sitio web La trata de niños	http://www.tdh.org/ http://tdh-childprotection.org/
Jean Zermatten* Institut international des Droits de l'Enfant (IDE), Chair UN Committee on Rights of Child	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer un procedimiento para las comunicaciones	http://www.crin.org/NGOGroup/chil drightsissues/ComplaintsMechanism/
IDE Seminario	"El cambio climático y sus efectos sobre los derechos del niño " Seminario de 25 hasta 28 octubre, 2011 Sion - Suiza	www.childsrighs.org
La Red de Información sobre los Derechos del Niño (cuyas siglas en inglés son CRIN)	Sitio web de CRIN ofrece los derechos del niño recursos que incluyen información en cuatro idiomas (árabe, Inglés, francés y español)	info@crin.org http://www.crin.org/espanol/index.asp
Interagency Panel on Juvenile Justice (IPJJ)	Boletín	newsletter@juvenilejusticepanel.org
International Labour Organisation (ILO)	06 2011-OIT estados adoptaron un nuevo tratado para combatir el trabajo infantil. Véase el texto de la Convención sobre el trabajo decente para los trabajadores domésticos (30% son niños).	http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/lang-es/index.htm y http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/provisional-records/WCMS_157833/lang-es/index.htm
Mario Proyecto	El 26/05/2011 los derechos del niño violaciones se debatió en el Parlamento Europeo en la conferencia "Europa Niños Migrantes: ¿Qué protección", presentado por la eurodiputada Mariya Nedelcheva.	http://www.tdh-childprotection.org/news/mario-project-partners-raise-awareness-of-eu-institutions
Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil (IJJO)	Boletín	http://www.ijjo.org/home.php?idioma=en http://www.ijjo.org/home.php?pag=000000

Reunión en París de marzo 2011



Daniel Pical, Joseph Moyersoén, Anne-Catherine Hatt, Hervé Hamon

Eduardo Rezende Melo, Oscar d'Amours, Margareeth Dam, Ewa Waszkiewicz, Avril Calder, Francine Biron, Beatrice Borges, Gabriela Thoma-Twaroch

Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2010-2014

Presidente	Juez Honorario Joseph Moyersoén	Italia	president@aimjf.org
Vice Presidente	Juez Oscar d'Amours	Canadá	vicepresident@aimjf.org
Secretario General	Juez Eduardo Melo	Brasil	secretarygeneral@aimjf.org
Secretario General Adjunto	Juez Ridha Khemakhem	Túnez	vicesecretarygeneral@aimjf.org
Tesorera	Avril Calder, Magistrada	Inglaterra	treasurer@aimjf.org

Consejo—2010-2014

Presidente - Joseph Moyersoén (Italia)	Gabriela Ureta (Chile)
Vice-presidente - Oscar d'Amours (Canadá)	Hervé Hamon (Francia)
Secretario General - Eduardo Melo (Brasil)	Daniel Pical (Francia)
Secretario General Adjunto - Ridha Khemakhem (Tunez)	Sophie Ballestrem (Alemania)
Tesorera - Avril Calder (Inglaterra)	Petra Guder (Alemania)
Elbio Ramos (República de Argentina)	Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Países Bajos)
Imman Ali (Bangladesh)	Andrew Becroft (Nueva-Zelanda)
Francoise Mainil (Bélgica)	Judy de Cloete (Sudáfrica)
Antonio A. G. Souza (Brasil)	Anne-Catherine Hatt (Suiza)
Guaraci de Campos Vianna (Brasil)	Len Edwards (EEUU)

El ultimo presidenta inmediata, Justice Renate Winter, es un miembro ex-officio del consejo y actua en una capacidad consultiva sin derechos al 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

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

Avril Calder, Jefe de Redacción,

e-mail 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 electrónico que figuran a continuación.

El Consejo Editorial

Dr Atilio J. Alvarez
Judge Oscar d'Amours
Cynthia Floud
Prof. Jean Trépanier
Mónica Vazquez Larsson
Dra Gabriela Ureta

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 esta 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 pagina siguiente.

infanciayjuventud@yahoo.com.ar
odamours@sympatico.ca
cynthia.floud@btinternet.com
jean.trepanier.2@umontreal.ca
Monimar50@yahoo.com
gureta@vtr.net



**Cambio Climático: impactos en los niños
y sobre sus derechos**

Seminario Internacional

Organizado por

El Instituto Internacional de los Derechos del Niño (IDE)

En colaboración con

**El Instituto Universitario Kurt Bösch (IUKB)
Terre des Hommes - ayuda a la infancia, Lausanne**

Programa Preliminar

**Director del Curso: Prof. Christophe Clivaz, Master Interdisciplinario de
Estudios Turísticos del MIT (IUKB)**

Fechas: Del 25-28 oct. 2011

**Idiomas: Francés e 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)**

La Fundación del Grupo ECORE