



## CHRONICLE CHRONIQUE **CRÓNICA**

<b>Contenido</b>	<b>Page</b>
Discurso de la Presidenta—la voz del niño	Avril Calder 4
<b>Testigos vulnerables</b>	
<i>Todas las medidas razonables: una revolución en las normas sobre testigos e imputados vulnerables en Inglaterra y Gales</i>	Joyce Plotnikoff DBE y Dr Richard Woolfson 7
¿Equidad para los vulnerables niños testigos en Inglaterra y Gales?	Jueza Renate Winter 14
Menores en el sistema de justicia penal ('CJS') en Inglaterra y Gales	Andrew Glover 17
El testimonio especial de niños en el sistema judicial de Brasil	Prof. Rodrigues dos Santos, Vanessa Viana do Nascimento y Itamar Batista Gonçalves 22
3OP CRC—¿Avance hacia un mayor acceso a la justicia para los niños?	Yves-Pierre Rosset 28
Go de Nuit - niñas de la noche: la voz de las jóvenes de Abiyán, Costa de Marfil	Rosalie Billault y Eliane de Latour 33
<b>La voz del niño en el Tribunal de Familia</b>	
• Inglaterra	Anthony Douglas CBE 38
• Nueva Zelanda	Juez Paul Geoghegan y Emily Stannard 43
• Portugal	Jueza Beatriz Borges 51
• Escocia—sistema de Audiencias	Malcolm Schaffer y Nick Hobbs 56
• Polonia	Monica Horna & Justyna Podlowska 62
• Quebec	Élise Mercier-Gouin 68
• Bélgica—nueva Ley	Fabienne Bouchat 71
<b>Tribunal de Menores</b>	
El Informe Carlile—Inglaterra y Gales.	Shauneen Lambe 77
Los derechos del niño—Hungria	Eszter Párkányi 82
Estudio global sobre niños privados de la libertad	Anna Tomasi 88
Congreso de la Asociación en Polonia	Dra Magdalena Arczewska 91
Nuevas publicaciones	Liefwaard y Doek, Malhotra, Solorzano 93, 94
Rúbrica del Tesorera,	Anne-Catherine Hatt 93
Espacio des contactos, Crónica	Avril Calder 95, 96
Consejo Ejecutivo 2014—2018	97, 98
Obituario—Paolo Vercellone	Jueza Renate Winter 99

**Nuevo mandato**

Quiero comenzar agradeciéndoles a los miembros la confianza que han depositado en mí al elegirme como Presidente de nuestra Asociación. Durante este mandato, daré lo mejor de mí para AIMJF, y esto incluye naturalmente continuar publicando una Crónica de alto nivel. He incluido en este número mi discurso inaugural, que plantea pensamientos sobre cómo avanzar hacia el objetivo de que se escuche la voz de los niños.

Este número tiene dos temas principales, conectados entre sí: testigos vulnerables y la voz del niño. Un punto que emerge claramente de los artículos sobre ambos temas es que la necesidad de especialización en la comunicación con los niños y la comunicación en nombre de los niños está siendo abordada cada vez más en los contextos jurídicos.

**Testigos vulnerables**

Recientemente ha habido una extensa cobertura mediática sobre los contrainterrogatorios intimidantes a niños víctima de abuso sexual en Inglaterra. Como Magistrada (ahora retirada) con 35 años de experiencia en los Tribunales de Juventud y Familia, encuentro esto perturbador.

Por lo tanto, me complace publicar los artículos de **Dame Joyce Plotnikoff** y **Richard Wilson** y de **Andrew Glover**, que demuestran que las preocupaciones expresadas por la **Jueza Renate Winter** en su artículo están siendo tomadas muy seriamente por las autoridades. Renate, como saben, no solo ha sido Presidente de AIMJF, sino que actualmente es miembro del Comité de la ONU sobre la CDN.

Dame Joyce y el Dr. Wilson han participado durante años en investigaciones sobre la operación del sistema jurídico, y Andrew Glover es abogado de la Fiscalía General de la Corona. Sus contribuciones nos ponen al día sobre los desarrollos tendientes a mejorar las experiencias de los testigos jóvenes vulnerables, haciendo énfasis en el rol de los intermediarios y la formación de los abogados defensores.

El **Profesor Benedito Rodrigues dos Santos**, **Vanessa Viana do Nascimento** e **Itmar Batista Gonçalves** de Brasil nos cuentan las formas en que su sistema judicial permite abordar temas delicados caso por caso. Por ejemplo, un presunto perpetrador puede ser retirado del tribunal durante un juicio si se considera que su presencia es perjudicial para un testigo joven vulnerable y su capacidad de prestar testimonio. En ese caso, su abogado defensor permanecería en la sala.

En parte de su disertación magistral sobre derecho internacional y europeo, **Pierre-Yves Rosset** de Bélgica habló sobre el Tercer Protocolo Facultativo de la CDN. La sinopsis publicada aquí aborda la capacidad de los niños para aprovechar al máximo el Protocolo, la 'capacitación' y la formación requerida de las partes intervinientes para que los sistemas de justicia adaptados a los niños puedan evolucionar.

La voz de niñas muy vulnerables y desamparadas está siendo escuchada en Costa de Marfil gracias a un proyecto destinado a ayudarlas a reconstruir su autoestima y sus medios de expresión, según lo describen **Rosalie Billault**, abogada internacional, y **Eliane de Latour**, antropóloga y cineasta.

**La voz del niño en procesos civiles**

Recordarán que la Crónica de julio de 2014 se focalizó en el tema de la voz del niño en procesos penales. Este número continúa examinando el tema de la voz del niño, pero en el contexto civil de los tribunales de familia.

Hay varios artículos acerca de este tema.

**Anthony Douglas**, Director General de **Cafcass**, describe claramente el apoyo brindado a los niños por el Servicio de Asesoramiento y Apoyo a los Tribunales de la Familia y el Menor (Cafcass) en Inglaterra.

El **Juez Paul Geoghegan** y **Emily Stannard** de Nueva Zelanda y la **Jueza Beatrice Borges** de Portugal describen los procesos legales y las formas en que se escucha a los niños en sus sistemas jurídicos.

En Escocia, se utiliza el sistema de Audiencias de Niños para escuchar a los niños en necesidad de cuidado y protección y también para lidiar con los jóvenes que delinquen. **Malcolm Schaffer** y **Nick Hobbs** nos describen la Ley de Audiencias de Niños (Escocia) de 2011. Uno de los principales objetivos de la Ley es mejorar la participación de los niños en las audiencias y garantizar que sus representantes legales estén capacitados y registrados para ejercer sus roles en una audiencia.

**Monica Horna** y **Justyna Podlowska** de Polonia discuten las implicaciones de la audiencia de niños en virtud de la Ley de Código Civil de Polonia (1964), según la cual los niños menores de 13 años carecen de capacidad jurídica y los niños de 13 a 18 años tienen capacidad jurídica limitada.

La psicóloga **Élise Mercier-Gouin** de Quebec escribe que a menudo es en los casos de familia más difíciles donde se necesita escuchar la voz del niño. No obstante, advierte que parece haber una distancia entre el derecho de los niños a ser escuchados y el derecho de los niños a tomar decisiones sobre su futuro.

En Bélgica, **Fabienne Bouchat** explica que la ley que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2014 crea tribunales de familia en los cuales el principio rector es *una familia, un expediente, un juez*. La nueva Ley apoya claramente la especialización de todos los profesionales involucrados.

#### **Tribunal de menores**

**Shauneen Lambe** participó de la elaboración del Informe Carlile de 2014 sobre el funcionamiento del sistema judicial en Inglaterra y Gales en lo que respecta a los jóvenes que delinquen. Los aportes de Shauneen sobre el Informe son muy bienvenidos, así como el comentario de Lord Carlile citado en su artículo:

*una mejor capacitación de los jueces y abogados del tribunal aportaría un mayor nivel de comprensión. Recomendamos que para poder cumplir estas funciones se exija haber recibido capacitación y probar la competencia para desempeñarse en el Tribunal del Menor por medio de una certificación.*

El 1 de junio de 2012, el Parlamento de Hungría adoptó un nuevo Código Penal que, en parte, aprobó la reforma del sistema de justicia juvenil. **Eszter Párkányi**, criminóloga, explica por qué, según la opinión de muchos, entre los que se incluye el Defensor de los Derechos Fundamentales del país, el nuevo sistema no tiene visión a futuro y no se adapta a los niños.

La mayoría de ustedes debe saber que la campaña de Defensa de los Niños Internacional (DNI) para que se realice un estudio global sobre los niños privados de su libertad ha sido exitosa, lo cual es maravilloso. Antes de este resultado, **Anna Tomasi** de DNI escribió un artículo para *Scottish Justice Matters* (SJM) explicando por qué debería realizarse dicho estudio. Es útil leer las razones que esgrime en su artículo junto con el comunicado de prensa relacionado de fecha 18 de octubre de 2014.

#### **Noticias de los miembros**

La Crónica siempre incluye informes sobre las asambleas de nuestras asociaciones nacionales afiliadas y, por lo tanto, me complace publicar el informe de la Asamblea General Anual de 2014 de la Asociación Polaca, escrito por la **Dra. Magdalena Arzewska**.

Por favor lean la sección sobre los nuevos libros publicados por nuestros miembros **Anil** y **Ranjit Malhotra** y **Ton Liefwaard** y **Jaap Doek**, así como la reciente publicación de *School of Human Rights Research*, de autoría de **Gustavo Arosemena Solorzano**.

Probablemente recuerden el artículo principal de la Crónica de julio de 2014, escrito por el Juez Françoise Tulkens. La Corte Europea de Derechos Humanos ha dictado la sentencia de su Gran Sala en el caso *Centro de Recursos Legales en nombre de Valentin Câmpeanu vs. Rumania*, cuyo texto completo se puede consultar en:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145577>

#### **Consejo Editorial**

**Cynthia Floud** y **Atilio Alvarez** han formado parte del Consejo Editorial por varios años y se retirarán. Quiero expresarles mi gratitud por su ayuda y apoyo.

A su vez, les doy la bienvenida a **Magda Arczewska** de Polonia y **Patricia Klentak** de Argentina, quienes ocuparán su lugar y ya han comenzado a trabajar.

Las palabras de cierre de este editorial las dedicaré con tristeza a **Paolo Vercellone**, Presidente de AIMJF de 1990 a 1994, que falleció a fines del año pasado. En homenaje a él, publico nuevamente la carta abierta que le escribió Renate para su cumpleaños número 80.

Para finalizar, les envío mis mejores deseos para 2015, confiando en que nos enviarán a mí y a los miembros del Consejo Editorial artículos sobre temas de su interés, que sin duda serán de interés también para otros miembros.

**Avril Calder**

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

Skype : aimjf.chronicle



Una de nuestras ventajas como organización internacional es que, dentro de nuestra membresía, englobamos conocimiento y experiencia, en relación con un amplio espectro de sistemas y enfoques judiciales diferentes. Cada enfoque tiene sus fortalezas y debilidades. En las páginas de “La Crónica”, intento capturar y describir algunas de ellas. Tener una perspectiva tan amplia nos puede ayudar a ver lo que es realmente fundamental en nuestra búsqueda para mejorar las vidas de los niños, los jóvenes y sus familias.

Hace veinticinco años, después de años de campañas impulsadas por personas visionarias y comprometidas, se adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño. Este es un año de celebración del nacimiento de ese documento tan significativo. La percepción y afirmación que los niños son titulares de derechos de los cuales deben gozar por ley, ha revolucionado prácticamente al mundo y ha modificado inconmensurablemente los sistemas judiciales y la perspectiva de todos los actores involucrados en ellos.

A medida que se desarrollaron esos cambios a lo largo del último cuarto de siglo, se ha tornado cada vez más claro que uno de los derechos esenciales de los niños es el de ser escuchados. Esto implica no solo oír a los niños sino escucharlos, dándoles la debida consideración a sus opiniones e inquietudes y ayudándoles a articular lo que para ellos puede ser difícil de expresar, especialmente en entornos desconocidos, posiblemente intimidantes.

En mi opinión, asistir a los niños para que se expresen y escuchar la voz de los niños es ahora una prioridad clave para los sistemas de justicia de todo el mundo, y nuestra Asociación debería ponerla al frente de sus iniciativas durante los próximos años.

¿Cómo deberíamos nosotros, como Asociación, promover la importancia de escuchar la voz del niño?

Sabemos, por supuesto, del trabajo realizado en justicia adaptada a los niños, desde las Directrices para una justicia adaptada a los niños del Consejo de Europa y del Mercosur hasta la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y el reciente Tercer Protocolo facultativo a la Convención de las Naciones Unidas.

Cabe mencionar que tres de nuestros miembros forman parte de los influyentes comités que determinan la adopción de estos instrumentos clave.

Mi vida como Magistrada comenzó mucho antes del nacimiento de estos instrumentos.

Considero que todos podemos pensar en distintas formas, a través de las cuales desde el Estrado la voz del niño o joven sea escuchada. Pero, ¿qué sucede fuera de los tribunales?

- ¿Cómo hace una niña que está descontenta con el divorcio o la separación de sus padres para que se escuche su voz en un proceso estresante?
- ¿Cómo hace un niño con problemas de salud mental para explicar su participación en un delito, cuando tiene escasa comprensión del proceso?
- ¿Y qué sucede con el tercer Protocolo facultativo? ¿Qué tan fácil será para un niño pobre que quizás no sepa leer o escribir presentar una queja por estar detenido en una prisión de adultos en un país del tercer mundo?

Y podría seguir con innumerables ejemplos.....

Por esto, es esencial que continuemos trabajando para que se escuche la voz del niño y se garantice el acceso a la justicia a los niños y jóvenes en cada rincón del mundo, reconociendo a la vez que generar un cambio de mentalidad y de conductas lleva su tiempo.

En la última Asamblea General, estábamos en el inicio de la crisis financiera que continúa hasta la fecha y que, se podría argumentar, está empeorando y profundizando la brecha de la desigualdad. En este contexto, quiero compartir mis ideas sobre las formas de avanzar hacia el objetivo que se escuche la voz de los niños.

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

Considero que hay seis formas posibles:

1. a través de un mayor desarrollo organizacional;
2. haciendo más uso de nuestra experiencia;
3. trabajo conjunto con las ONG;
4. trabajo más estrecho con organismos nacionales e internacionales;
5. a través de "La Crónica";
6. a través del sitio web de la Asociación

**Primero**, a través de un mayor desarrollo organizacional.

Hace cuatro años se creó la Sección Europea de la Asociación. La misma ha realizado un trabajo previsto por nuestros fundadores para ayudar a identificar aspectos comunes. La voz del niño es uno de esos aspectos comunes en los cuales deberían enfocarse las secciones regionales.

En Sudamérica, hay planes en curso para incrementar la membresía y concretar la creación de una sección del MERCOSUR. Estoy segura que nuestros colegas trabajarán arduamente para lograrlo.

Durante el último mandato, se afilió a la Asociación el Consejo de Tribunales Juveniles y de Menores del Pacífico Sur, y resulta muy gratificante tener representación no solo de Nueva Zelanda, sino también de Australia y Samoa en nuestros comités. Desearía ver más representación de este tipo por parte de Asia y África.

También espero que nuestra fuerte membresía en Quebec se amplíe a otras provincias de Canadá.

**Segundo**, haciendo más uso de nuestra experiencia.

Algunos miembros están haciendo un valioso trabajo para ayudar a los países que tienen sistemas de justicia juvenil y de familia subdesarrollados en la redacción de leyes y en la organización de programas de capacitación. Estas actividades se realizan generalmente por contrato con organismos que reciben financiación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) o de la Unión Europea (UE).

¿Cómo podemos involucrarnos más en este tipo de tareas? Una forma puede ser mi **tercera** propuesta.

### Trabajar con las ONG

Terre des hommes(TdH) está afiliada a AIMJF. Defensa de los Niños Internacional (DNI) y el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil (OIJJ) tienen miembros individuales en nuestra Asociación. Me complace enormemente tener a Bernard Boëton(Tdh en nuestro comité general y contra con su presencia, en esta asamblea.

He trabajado con Bernard y Benoît van Kiersbilck (DNI) y con Cédric Foussard (OIJJ) y con otros referentes de Organizaciones No Gubernamentales, especialmente en relación con "La Crónica", pero también en otras ocasiones. Estos contactos son importantes, ya que nos dan perspectiva sobre el valioso trabajo que hacen, por ejemplo, impulsando la implementación del tercer protocolo facultativo, y ellos también reciben nuestros aportes, ya que tomamos decisiones en 'el frente de batalla'. Espero que logremos forjar relaciones de trabajo más fuertes con ellos y con otros referentes.

**Cuarto**, necesitamos trabajar más estrechamente con los organismos internacionales y nacionales instituidos. Necesitamos desarrollar una forma eficiente y focalizada de responder a los documentos de consulta y evaluar como promover exitosamente cambios para beneficio de los niños. Como dije anteriormente, también deberíamos examinar las convocatorias a participar en contratos.

En este punto, debo mencionar al Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil (IPJJ por sus siglas en inglés), que recientemente perdió su apoyo financiero de la ONU. Creo que, en colaboración con las ONG mencionadas, podemos ayudar a sostener parte del trabajo del Grupo, que de lo contrario se perderá completamente.

**Quinto**, ¿podemos hacer más con la Crónica? ¿Podemos ampliar la cantidad de colaboradores y lectores? ¿Les gustaría a las ONG llegar a nuestros miembros por una vía más formal? ¿Cuál es su punto de vista sobre 'la voz del niño'? ¿Les gustaría a los Comisionados para los Niños contribuir con la revista? ¿Podemos llegar en forma efectiva a los niños y jóvenes?

**Sexto**, .Aspiro a ver un mayor desarrollo del sitio web de la Asociación, particularmente en la sección de jurisprudencia. Reconozco que esta puede ser una tarea difícil. ¿Podríamos comenzar pidiéndoles a los miembros que actúen como "observadores"? Es decir, que tomen nota de las decisiones importantes o innovadoras en áreas que son de nuestro interés. Por ejemplo, en casos en los que un niño fue o no fue escuchado y cómo se vio afectada la decisión judicial en lo subsiguiente.

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

Finalmente, no es demasiado pronto para comenzar a planificar nuestro próximo Congreso.

¿Cuáles son las opciones para el año 2018?

1. Si deseamos continuar siendo una Asociación dinámica que realiza un Congreso cada cuatro años, debemos debatir urgentemente cuál será nuestro abordaje para 2018. ¿Qué soluciones podrían ser asequibles y prácticas a la vez?

2. El nivel de financiación requerido solo está disponible a través de unas pocas fuentes: los gobiernos que financiaron los últimos 3 Congresos, las grandes empresas a nivel local y global, la Unión Europea y las Naciones Unidas. ¿Tenemos la capacidad de acceder a estos recursos?

3. ¿Son posibles las asociaciones entre las ONG y AIMJF? Por ejemplo, ¿sería posible pedirle a cada ONG que se asocie a nosotros y financie parte de un Congreso?

Recibiré con gusto sus comentarios y sugerencias para poder presentarle al Consejo un conjunto de propuestas.

Entonces, mi mensaje es que tenemos un importante trabajo por delante. Los seis desarrollos tendrán distintos cronogramas. Algunos se lograrán antes que otros, algunos ya se han comenzado a preparar. Hacer crecer a una organización, construir su futuro, depende esencialmente del trabajo en equipo, por lo que les pido a todos los presentes y a todos los miembros que se unan a mí y al Consejo para asegurar que la voz del niño y también la voz de nuestra Asociación se escuchen en forma clara y fuerte.

**Avril Calder**

Presidenta de IAYFJM/AIMJF

17<sup>th</sup> de octubre 2014,

Institut de Formation Judiciaire Bruselas

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

## **Todas las medidas razonables: una revolución en las normas sobre testigos e imputados vulnerables**

**Joyce Plotnikoff DBE y  
Dr Richard Woolfson**



**Joyce Plotnikoff DBE**



**Richard Woolfson**

Documentos orientativos recientemente publicados en Inglaterra y Gales han creado nuevas expectativas en lo que respecta a la administración de casos judiciales y al control del contrainterrogatorio que se realiza a testigos e imputados vulnerables. (El concepto de 'vulnerabilidad' comprende a niños menores de 18 años, personas con trastornos mentales o dificultades de aprendizaje, y personas con incapacidades físicas – Artículo 16, Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999). Estas guías se elaboraron en base a una serie de sentencias del Tribunal de Apelaciones.

Las nuevas disposiciones sobre Capacitación Judicial introducidas en 2014 están facilitando este cambio de dirección. A partir de marzo de 2015, el Ministerio de Justicia 'establecerá el requisito' de que los abogados penalistas designados por la justicia realicen capacitación especializada en testigos vulnerables para atender casos de abuso sexual y violación<sup>1</sup>. El Consejo de Educación Legal solicitó a su Señoría el Juez Peter Rook QC que presida el grupo de representantes de profesionales del derecho y de otras disciplinas, al que se le asignaron las tareas de diseñar cursos para representantes de las distintas profesiones y capacitar al primer grupo de instructores. Estas iniciativas de formación siguen la línea de la Directiva Europea sobre víctimas del delito, que debe entrar en vigencia en noviembre de 2015. Esta directiva dispone que los Estados Miembro, 'con el debido respeto' por la independencia de los profesionales del derecho y por la ley, recomienden la disponibilidad de 'capacitación tanto general como especializada'

<sup>1</sup> Ministry of Justice (September 2014) Our Commitment to Victims

para aumentar el conocimiento sobre las necesidades de las víctimas<sup>2</sup>.

### **Cambio de enfoque para los interrogatorios**

El nuevo enfoque ha sido influenciado por el trabajo de los mediadores, un sistema especial introducido por el artículo 29 de la Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999. En 2004 se inició un proyecto piloto y en 2008 se lo aplicó a nivel nacional luego de una evaluación<sup>3</sup>. Los mediadores son especialistas en comunicación, independientes de las partes, y trabajan para el tribunal<sup>4</sup>. Los jueces y magistrados aprueban la designación de un mediador que cuente con las habilidades adecuadas para facilitar el testimonio de testigos menores o adultos vulnerables en el juicio. El esquema establecido por la ley también está disponible para los testigos en la entrevista que se realiza durante la etapa de investigación. Tanto los testigos de la parte acusada como los de la defensa pueden recibir la asistencia de un mediador. En algunos casos los jueces aplican sus facultades jurisdiccionales para designar un

<sup>2</sup> Los artículos 25.2 y 25.3, la Directiva 2012 /29 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección de las víctimas de la delincuencia.

<sup>3</sup> Joyce Plotnikoff y Richard Woolfson (2007) *The Go-Between: Evaluación en seis áreas pathfinder el uso de intermediarios para ayudar a los testigos vulnerables para comunicarse con el tribunal cuando presentó las pruebas*. Ministerio de Justicia (el informe completo en [www.lexiconlimited.co.uk](http://www.lexiconlimited.co.uk))

<sup>4</sup> Ver Penny Cooper y Adel Puk (julio de 2014) Roma no se construyó en un día - y tampoco lo fue el esquema de mediación para testigos menores. Crónica: Asociación Internacional de la Juventud y los Jueces de Familia y Magistrados 32-38. Véanse también los párrafos 3F1-7, Instrucciones prácticas penales (2014).

mediador para asistir a imputados vulnerables que no se encuentran cubiertos en este sentido por la legislación.

El mediador comienza por evaluar las habilidades de comunicación del individuo y elabora un informe con recomendaciones sobre cuál es la mejor forma de comunicarse con el menor o adulto vulnerable. Los mediadores se han convertido en especialistas en realizar recomendaciones para mejorar las oportunidades de obtener 'la mejor evidencia' (la calidad del testimonio del testigo en términos de su 'integridad, coherencia y precisión' Artículo 16(5), Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999).

Las Directivas sobre Prácticas Penales de 2014 (CPD) establecen el marco para el nuevo régimen. Una herramienta clave para el control judicial del interrogatorio es adoptar normas de procedimiento que establezcan de forma clara cómo se deben realizar los interrogatorios: 'se debe abandonar la práctica de realizar contrainterrogatorios rigurosos o repetitivos a niños o testigos vulnerables. La intervención del juez, los magistrados o los mediadores (si corresponde) se minimiza cuando el interrogatorio y las necesidades comunicacionales del individuo se analizan previamente y cuando las normas de procedimiento se establecen y se acuerdan con antelación (para 3E.1).

El análisis de las normas de procedimiento es esencial en todos los casos que involucran a un mediador: el juez o los magistrados deben examinarlas con los abogados y el mediador antes de que el testigo preste testimonio (párrafo 3E.2). Las audiencias para establecer normas de procedimiento' ('ground rules hearings') han demostrado ser tan valiosas que actualmente se recomiendan como parte de las buenas prácticas, incluso aunque no actúe un mediador, en cualquier caso que involucre a un testigo joven o en el que el testigo o el acusado tengan necesidades comunicacionales (3E.3)<sup>5</sup>. La audiencia se debe realizar antes de la fecha del juicio para dar tiempo a los abogados a adecuar sus preguntas a las necesidades del testigo; se puede recrear una práctica del juicio al finalizar la audiencia para establecer límites y normas de procedimiento (3E.3).

Las CPD establecen claramente que se les debe brindar a todos los testigos, incluyendo a los testigos del acusado y de la defensa, la oportunidad de prestar el mejor testimonio posible: en relación con los jóvenes y/o testigos vulnerables, 'esto puede significar alejarse radicalmente del contrainterrogatorio tradicional' (3E.4). Las preguntas dirigidas con un final que

induce a una respuesta ('El no lo hizo, ¿no?') son poderosamente persuasivas. La lingüista forense Anne Graffam Walker advierte que las preguntas dirigidas son 'altamente complejas lingüísticamente' y que requieren al menos siete operaciones mentales para dar una respuesta correcta; concluye que 'se debe evitar el uso de preguntas dirigidas de cualquier tipo a niños'<sup>6</sup>.

Esta recomendación ha sido incorporada a las guías judiciales y se ha extendido por analogía a 'aquellos adultos cuyo desarrollo intelectual se pueda equiparar al de un niño o joven'<sup>7</sup>. Es cada vez más frecuente que el tribunal solicite que no se realicen preguntas dirigidas, especialmente cuando la evaluación del mediador indica que es poco probable que el niño o adulto vulnerable brinden respuestas confiables. Se deben imponer reglas similares en lo que respecta a afirmaciones como 'No estabas allí', que incluso puede no ser reconocida por el testigo como una pregunta a la que debe responder. El Presidente del Tribunal ha descrito las frases asertivas como frases que 'no corresponden al contrainterrogatorio. Es una práctica injusta para con el testigo y borra el límite desde la perspectiva del jurado entre el testimonio del testigo y un comentario inadmisibles por parte del abogado'<sup>8</sup> y es 'particularmente dañina' cuando se trata de testigos jóvenes<sup>9</sup>.

El acusado puede alegar que el testigo está mintiendo. Las guías de prácticas judiciales recomiendan que, siempre que esto sea 'adecuado en términos del nivel de desarrollo del testigo, este argumento se debe tratar por separado, en términos claros, al final del contrainterrogatorio. Es muy probable que afirmar repetidamente ante un testigo joven o vulnerable que está mintiendo le provoque una grave angustia. No sirve para ningún fin relacionado con la evidencia y no debería estar permitido'<sup>10</sup>. Ahora está permitido al juez ordenar que el abogado no 'presente sus argumentos' al testigo durante el contrainterrogatorio. Cuando el testigo es joven o vulnerable por cualquier otra razón, 'el tribunal puede prescindir de la práctica habitual y no permitir que el abogado "presente sus argumentos" cuando exista el riesgo de que el testigo joven o vulnerable no comprenda, se angustie o asienta a preguntas capciosas. Se deben definir claramente las restricciones al interrogatorio siempre que sea necesario y

<sup>5</sup> Esto fue reesforzado por la nueva Norma de Procedimientos Penales 3.9(7), 2015, que también establece una agenda para dichas audiencias.

<sup>6</sup> (2013) Handbook on Questioning Children: A Linguistic Perspective. American Bar Association on Children and the Law, 58-60.

<sup>7</sup> Judicial College (2013) Equal Treatment Bench Book, capítulo 5, artículo 64a.

<sup>8</sup> R v Farooqi y otros [2013] EWCA Crim 1649, párrafo 113.

<sup>9</sup> Lord Judge (20 March 2013) *Toulmin Lecture in Law and Psychiatry*, Half a Century of Change: The Evidence of Child Victims, página 9.

<sup>10</sup> Judicial College (2013) Equal Treatment Bench Book, capítulo 5, para 64a.

adecuado. El juez tiene el deber de asegurar que se respetan las normas y debe explicarlas ante el jurado junto con las razones que las justifican. Si el abogado no respeta las restricciones, el juez debe impartir instrucciones pertinentes al jurado toda vez que esto ocurra y evitar que se continúe interrogando de formas que no son acordes con las normas de procedimiento establecidas anticipadamente. En lugar de señalar las contradicciones durante el conainterrogatorio, luego del intercambio entre el juez y los abogados, el abogado o juez pueden señalar las contradicciones importantes después, no durante la declaración del testigo. El juez también debe recordar al jurado estas contradicciones durante las conclusiones. El juez debe estar alerta para identificar las presuntas contradicciones que no son contradicciones en los hechos, o son triviales' (3E.4). Aunque las restricciones a 'presentar los argumentos' continúan siendo inusuales, han sido sostenidas por el Tribunal de Apelación. Los abogados 'no pueden insistir sobre un supuesto derecho de "presentar sus argumentos" o exponer declaraciones previas contradictorias ante un testigo vulnerable. Es perfectamente posible asegurarse que el jurado tome nota de los argumentos de la defensa y de las inconsistencias significativas en la declaración del testigo sin intimidar o perturbar al testigo'<sup>11</sup>. Esto puede significar que el juez no permita que se afirme ni una sola vez que el testigo está mintiendo<sup>12</sup>. El juez tiene derecho a imponer límites de tiempo al conainterrogatorio (Regla 3(11) d, Código Procesal Penal (2014) y 'está obligado a controlar el interrogatorio al testigo. Tiene derecho y debe establecer límites de tiempo razonables y debe interrumpir el interrogatorio siempre que considere que la pregunta es inadecuada'. Un límite de tiempo de 45 minutos en el conainterrogatorio de un niño de 10 años fue considerado razonable<sup>13</sup>.

En 2013, los conainterrogatorios prolongados y agresivos en juicios por explotación sexual de menores con múltiples imputados fueron blanco de profundas críticas. Las CPD exigen actualmente que siempre que haya más de un acusado, 'el juez no debe permitir que cada abogado repita el interrogatorio a testigos vulnerables. Antes del juicio, los abogados deben dividir los temas entre ellos, el abogado del acusado principal debe guiar el interrogatorio, y los abogados de los demás imputados solo deben realizar preguntas adicionales relevantes para el caso de su cliente, sin repetir las preguntas que ya se han realizado' (3E.5). Un juez que se define a sí mismo como un juez con un enfoque "firme, que no admite sinsentidos" impuso límites a la

duración del conainterrogatorio de un niño de 12 años con dificultades de aprendizaje en un juicio con cinco imputados. Le dijo al abogado principal que hacía la mayoría de las preguntas: "No puede durar dos horas y media, le doy una hora y media". Aunque es importante que el testimonio se tome lo antes posible, es probable que se necesiten intervalos para un testigo con una capacidad de concentración limitada. Los testimonios en casos con múltiples imputados se pueden dividir en varios días, por ejemplo, tomando testimonio al testigo solo por la mañana.

En todos los estudios en los que hemos entrevistado a testigos jóvenes, a muchos se les solicitó en el juicio que hablen sobre el contacto íntimo señalando sobre su propio cuerpo. Sin excepción, esto es vergonzoso y humillante para los niños. Las CPD exigen que, cuando las preguntas requieran aclaración sobre el contacto íntimo, se le entregue al testigo un 'mapa del cuerpo' o diagrama para que pueda señalar: 'En casos de delitos sexuales, los jueces no deben permitir a los abogados que le soliciten al testigo que señale una parte de su propio cuerpo. Del mismo modo, no se deben exponer fotografías del cuerpo del testigo en el tribunal mientras el testigo presta testimonio' (3E.6).

Se solicita a los jueces que alerten al jurado sobre los estereotipos 'que podrían llevar a que el jurado aborde la evidencia del demandante con un escepticismo injustificado', como por ejemplo que alguien que ha sido abusado sexualmente lo 'denuncia lo antes posible' o 'recuerda los hechos en forma coherente'<sup>14</sup>. En un caso ampliamente divulgado en 2013, en el que entraron en juego estos estereotipos sobre violación, el abogado de la defensa le dijo a la demandante que 'cuesta creer' que se haya quedado toda la noche en la cama de alguien que la violó y que si ella estaba 'diciendo la verdad sobre estos hechos, le sugería que sus respuestas fueran coherentes'<sup>15</sup>. También se espera que los fiscales identifiquen y objeten la interferencia de 'mitos y estereotipos' relativos al abuso sexual de niños<sup>16</sup>.

El poder judicial tiene la responsabilidad de salvaguardar a las personas vulnerables en el tribunal de maneras que reafirmen el Objetivo Primordial del Código Procesal Penal de que 'los casos penales sean administrados con justicia' (Regla 1, 2014) y no interfieran con la independencia judicial. Algunas de las formas en las que se puede cumplir con esta responsabilidad son: estar alerta para proteger a

<sup>11</sup> R v Lubemba [2014] EWCA Crim 2064, para 45.

<sup>12</sup> R v E [2011] EWCA Crim 3028.

<sup>13</sup> R v Lubemba [2014] EWCA Crim 2064, para 52.

<sup>14</sup> Judicial Studies Board (2010) Crown Court Bench Book, chapter 17, para 12.

<sup>15</sup> 'Sex abuse victim's suicide sparks call for review of court procedures' The Guardian 9 February 2013.

<sup>16</sup> Crown Prosecution Service (2013) Guidelines on Prosecuting Cases of Child Sexual Abuse, paras 77-9 and Annex C.

los menores o adultos vulnerables y realizar una planificación efectiva e interrogatorios proactivos, *‘asegurando que se asigne a una persona como responsable del bienestar del individuo vulnerable durante la audiencia, contando con un medio de comunicación para alertar sobre las dificultades y contando con planes de contingencia (por ej., en relación con la duración del testimonio del testigo vulnerable) si las cosas no van por buen camino en lo que respecta al bienestar del testigo’*. No se deben ignorar las medidas de protección del testigo como consecuencia de las presiones que surjan en cualquier otra etapa del proceso judicial. Las medidas de protección están en riesgo sobre todo cuando las responsabilidades no están claramente asignadas y hay problemas de comunicación<sup>17</sup>.

### Facultades de administración de casos y mayor flexibilidad procesal

Las CPD exigen que los casos que involucran a menores o jóvenes se traten lo antes posible y que se *‘reduzcan al mínimo’* las demoras para los niños víctimas (XIII A.3ii). Establecer plazos tiene un efecto importante para lograr una mejor evidencia y proteger los derechos de los testigos vulnerables: Las guías de prácticas judiciales disponen que *‘se ejerzan plenamente’* las facultades de administración de casos en los juicios que involucran a testigos o imputados vulnerables y piden a los jueces que *‘estén alertas a la posibilidad de que no se hayan tenido en cuenta o identificado necesidades y pidan que se complete o actualicen los datos si es necesario’*. Las fechas de juicios que involucran a testigos jóvenes o adultos vulnerables solo se deben cambiar *‘en circunstancias excepcionales’*<sup>18</sup>. Un eje central del nuevo enfoque requiere que los tribunales, cuando se preparan para el juicio, tomen *‘todas las medidas razonables’* para facilitar la participación de testigos e imputados (Regla 3.8.4(b) de Procedimientos Penales, 2014). Este enfoque se encuentra reflejado en las Directivas sobre Prácticas Penales de 2014 (CPD).

Las disposiciones legislativas sobre medidas especiales permiten que los testigos vulnerables presten testimonio en una sala mediante comunicación en vivo por radio enlace (donde no pueden ver al imputado pero el imputado pueda verlos) o en la sala de tribunales detrás de una pantalla (donde tampoco pueden ver ni ser vistos por el ni imputado ni por ninguna persona que se encuentre en la galería pública)<sup>19</sup>. No obstante, algunos testigos prefieren prestar testimonio en una sala comunicada por radio enlace sin que se

los pueda observar. Las CPD disponen que se combinen las medidas especiales: si un testigo que presta testimonio mediante comunicación por radio enlace lo desea, *‘se pueden utilizar pantallas para que el imputado y el público no lo puedan ver’* (29A.2).

1. A pesar de que los testigos tienen derecho a visitar el tribunal antes del juicio para familiarizarse<sup>20</sup>, existe una dificultad para lograr que los testigos vulnerables puedan expresar su preferencia respecto de la comunicación por radio enlace o del uso de pantallas. Tienen derecho a una sesión de práctica utilizando este sistema de comunicación: las CPD establecen claramente que *‘solo mostrar la sala y los equipos es insuficiente para este propósito’* (29B.4). Permitiendo una excepción a la prohibición tradicional de tomar fotografías, los tribunales deben *‘tender a permitir’* que se tomen fotografías para ayudar a los testigos o menores vulnerables a que se familiaricen con el entorno (3F.7).

Cuando existe el riesgo de que el testigo vea al acusado o a las personas del entorno del acusado en el tribunal o en los alrededores, se recomienda a los jueces que dispongan que el testigo preste testimonio utilizando la comunicación en vivo por radio enlace desde otro tribunal o utilizar los equipos móviles de la policía para permitir al testigo prestar testimonio desde otro sitio, como una escuela o un hospital<sup>21</sup>.

Las investigaciones experimentales y basadas en observaciones confirman lo que el sentido común indica, que la presencia de una persona de apoyo y de confianza puede ayudar a aclarar los recuerdos y disminuir el estrés, esto a su vez puede mejorar la calidad del testimonio y disminuir el nivel de sugestión<sup>22</sup>. Algunos jueces han indicado su preferencia por la modalidad de que los testigos que prestan testimonio mediante comunicación en vivo por radio enlace desde afuera de la sala del tribunal estén acompañados solo por un ujier, incluso si dicha persona no es una fuente de apoyo emocional para el testigo<sup>23</sup>. Actualmente, en la solicitud para utilizar la comunicación en vivo por radio enlace se puede designar a un acompañante de apoyo para el testigo. Para determinar quién será dicho acompañante, el tribunal *‘debe tener en cuenta’*

<sup>20</sup> Regla 11, Estatuto de los Testigos 2013.

<sup>21</sup> (2013) Equal Treatment Bench Book, capítulo 5, art 30.

<sup>22</sup> Para consultar un breve resumen de la investigación, consulte la página 100, Joyce Plotnikoff y Richard Woolfson (2009) *Measuring up?: Evaluating implementation of Government commitments to young witnesses in criminal proceedings*, NSPCC y Nuffield Foundation.

<sup>23</sup> HM CPS Inspectorate and HM Inspectorate of Constabulary (2012) *Joint inspection report on the experience of young victims and witnesses in the criminal justice system*.

<sup>17</sup> Judicial College (2013) *Equal Treatment Bench Book*, chapter 5, paras 12-16.

<sup>18</sup> Judicial College (2013) *Equal Treatment Bench Book*, chapter 5, paras 5.20-21, 23-25.

<sup>19</sup> Sections 23 and 24, *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*.

los deseos del testigo; también se recomienda *‘un mayor nivel de flexibilidad’* en lo que se refiere a quién puede actuar como acompañante de apoyo (9B.1-2, Directivas sobre Prácticas Penales de 2014, Artículo 102, Ley sobre Médicos Forenses y Jueces 2009). Se espera que los fiscales sean proactivos y formulen preguntas relativas a las necesidades de apoyo que pueda tener el niño desde las etapas iniciales de los procedimientos y que estén al tanto *‘de dichas necesidades durante el avance del caso’*<sup>24</sup>.

2. Es cada vez más frecuente, si el testigo así lo desea, que los jueces conozcan a los testigos vulnerables antes de que presten testimonio. La guía de prácticas judiciales es bastante alentadora: *‘La decisión de acompañar a los abogados depende de usted, pero puede ser una oportunidad útil para “familiarizarse” con el nivel de comunicación del testigo. Cuando las circunstancias lo justifican, algunos jueces de instrucción han reunido al testigo vulnerable con los abogados antes del día de la declaración’*<sup>25</sup>.

### Adaptaciones caso por caso

A la luz de la recomendación de la Regla de Procedimientos Penales de tomar *‘todas las medidas razonables’* para facilitar la participación, el poder judicial está adoptando un enfoque más flexible, analizando caso por caso. En casos en los que el testigo no pudo comenzar a declarar o no pudo continuar declarando a raíz de la angustia, se le ha permitido volver al día siguiente (si es necesario, luego de una charla entre el juez y los abogados para evaluar cómo se pueden modificar las preguntas y los procedimientos para adaptarlos a las necesidades del testigo), en lugar de desestimar el caso de inmediato.

En los casos que involucran a testigos vulnerables, la norma es que respondan las preguntas de los abogados desde la sala del tribunal mediante comunicación en vivo por radio enlace, pero en algunos casos el uso de la tecnología afecta la calidad de la comunicación. En los casos en los que el mediador lo recomendó, los abogados se reunieron con el testigo y el mediador en la sala de transmisión para interrogar al testigo cara a cara. En 2012, un mediador acompañó a una niña de cuatro años durante una sesión de práctica de comunicación por radio enlace y observó que su modo de comunicarse mediante esta modalidad era mucho menos efectiva, su cara se tornó menos expresiva y disminuyó su comunicación gestual. Hablarle a la pantalla también parecía afectar su concentración. En la audiencia para establecer normas de procedimiento, el mediador sugirió que

los abogados se trasladaran a la sala desde donde se realizaba la transmisión por radio enlace para interrogar a la niña cara a cara.

El juez aceptó esta innovadora propuesta. A modo de preparación, los abogados y el mediador se reunieron para reorganizar los muebles y los ángulos de la cámara en la sala y acordaron el uso de fotografías y dibujos para facilitar la comunicación. Se consiguió una silla pequeña para la niña. Ambos abogados, el ujier del tribunal y el mediador se encontraban en la sala para el contrainterrogatorio. La niña pudo atender plenamente y responder las preguntas, los abogados pudieron utilizar los materiales visuales con ella directamente. El juez usualmente observa desde la sala del tribunal, pero en algunos casos recientes los jueces se han reunido con los abogados, el testigo y el mediador en la sala de transmisión por radio enlace.

Es importante hacer intervalos adaptados a la capacidad de concentración del testigo vulnerable, pero en un juicio por jurado los intervalos duran 20 minutos como mínimo y pueden afectar el desenvolvimiento del juicio. Los mediadores pueden recomendar *‘mini intervalos’* de un par de minutos en los que todos se queden en su lugar, esto generalmente es suficiente para que el testigo logre volver a concentrarse (a veces se utiliza un temporizador para tomar el tiempo de los intervalos con los niños pequeños).

Los niños pueden reducir la ansiedad y *‘estabilizarse’* realizando actividades físicas durante los intervalos cuando prestan testimonio: ejemplos de las actividades acordadas han sido: pasar la aspiradora, andar en triciclo, rebotar en un mini trampolín y mecerse en una pequeña mecedora. A una niña de 15 años con problemas psicológicos se le dijo que, si era necesario, podía cubrirse con la capucha de la sudadera (lo que le generaba una sensación de seguridad cuando estaba estresada) y escribir sus respuestas. Con esta medida de confianza, sumada a la presencia de un acompañante de apoyo y del mediador, prestó testimonio sin cubrir su cabeza. (Con bastante frecuencia, el permiso es suficientemente alentador y la *‘medida extra’* no resulta necesaria).

<sup>24</sup> Servicio de Fiscalía Pública (2013) Guía para casos de abuso sexual de menores, paras 17-21.

<sup>25</sup> Equal Treatment Bench Book (2013) Judicial College, capítulo 5, art 27e.

Otros acuerdos negociados por un mediador han sido permitir a jóvenes testigos hacer breves pausas en el contrainterrogatorio para aliviar la tensión sin abandonar la sala, escondiéndose bajo la mesa, detrás de una cortina o bajo un mantel<sup>26</sup>. A un niño con urgencia urinaria se le



permitted to abandon the courtroom for transmission to the bathroom without prior permission to the judge. The judges also agreed that a witness in the courtroom should be allowed to weave

silently during the contrainterrogatorio as this calmed the girl, and it was significant that the witness obviously was not observing; and a request from the girl, the witness covered her face with a pillow when she said 'obscene' words.

It is becoming more frequent that mediators use 'visual time lines' to assist a vulnerable witness while testifying about crimes that have occurred at different times and places. For example, a seven-year-old child with language delay and behavioral and emotional problems was able to give a detailed testimony about numerous incidents that occurred over a two-year period. He used a card of various lengths to draw during the police interview (for example, he drew a Christmas tree to refer to something that happened around Christmas) in combination with cutouts of buildings to represent each location. He was allowed to use these aids during the trial. Vulnerable adults also use time lines.

Other examples of measures agreed upon by the judges in relation to adult witnesses vulnerable have been to allow a radio link in the courtroom so that a witness with autism and to have a 'silent' room for witnesses with any spectrum of autism or mental health problems so that they can use them during the intervals. Mediators have allowed: retransmitting the answers of a witness with autism and behavioral problems who testified with his back to the camera, retransmitting the answers of witnesses who only

could whisper their answers and support and help a witness with learning and mental health problems when he showed signs of psychological disturbance. He was allowed a witness with autism to bring his lion's mane, his 'comfort object' habit.

It has also been implemented modifications in the relationship with vulnerable imputados. Some examples of these adaptations were: allowing a young accused with autism to practice the walk to the witness stand while his favorite music played, then answer questions about his favorite topic from that place when the court was not in session. This allowed him to relax and testify from the witness stand during the trial. Judges have allowed imputados with autism to have silent and comforting objects in the witness stand (including an iPad with a relaxation program) to help them pay attention and keep calm. The opening words of the judge and the questions of the defense were prepared in printed form with large typography for an accused with hearing impairment and learning difficulties.

In the case of an imputado with complex needs in which no one had been designated as a mediator, the judge requested that simple questions be asked of all witnesses and that they provide short answers to help him follow the proceedings (*R v Cox* [2012] EWCA Crim 549).

### **Juego de herramientas del portal de abogados**

Despite the fact that the new policies provide an important framework of support, it is difficult for lawyers to keep up with the changes. When we reviewed compliance with the government commitments in cases of young witnesses in 2009, we identified more than 50 policies relevant, from different agencies, that address different aspects of the administration of cases, from attention to the witness and the taking of testimony<sup>27</sup>. It is almost impossible to keep up to date, even for the judge, the magistrate or the most motivated lawyer.

In 2011, the Council of Legal Education of Lawyers, created by the Bar Association (*Inns of Court*), recommended that: '*Los abogados cuenten con "juegos de herramientas" que describan los problemas comunes con los que se encuentran cuando atienden casos con testigos e imputados vulnerables, juntos con las soluciones sugeridas ... [Estas herramientas]*

<sup>26</sup> Esta imagen se reproduce con autorización de la mediadora Ruth Marchant de Triangle ([www.triangle.org.uk](http://www.triangle.org.uk)).

<sup>27</sup> Joyce Plotnikoff and Richard Woolfson (2009) Measuring up? Evaluación de la implementación de los compromisos gubernamentales en procedimientos penales de jóvenes, NSPCC y Nuffield Foundation.

deben ser consideradas entre los elementos esenciales de la preparación del juicio<sup>28</sup>.

En 2012, tomamos el concepto de un sitio web gratuito que ofrece una variedad de herramientas elaboradas por Penny Cooper y David Wurtzel de City Law School, City University. Penny dispuso amablemente que la City University diseñe y aloje un 'blog' que mostrara cómo se vería dicho sitio web. (Penny es ahora profesora en Kingston University Law School y es presidente del comité de administración del *Portal de abogados*, del cual David es miembro). Para poder llevar a cabo dicho proyecto, la Fundación Nuffield nos otorgó un subsidio para desarrollar tres juegos de herramientas para ser usadas con testigos e imputados jóvenes. Nuestra compañía, Lexicon, financió otros siete juegos de herramientas orientadas a la administración de casos, las audiencias para establecer normas de procedimiento, el autismo, las dificultades de aprendizaje y ciertas discapacidades 'ocultas'. Los juegos de herramientas reúnen políticas, investigación y jurisprudencia, una referencia de información básica que se puede adaptar según las necesidades del testigo o acusado. Los mediadores contribuyen anónimamente a señalar ejemplos de buenas y malas prácticas de casos de todo el país, estos incluyen ejemplos de preguntas inadecuadas para determinados grados de desarrollo en contrainterrogatorios, y sugerencias respecto de cómo se pueden formular las preguntas de forma más efectiva, algo que los jueces y abogados encuentran particularmente útil.

El Consejo de Capacitación de Abogados se ofreció generosamente a elaborar un sitio web formal y en abril de 2013 el Procurador lanzó [www.theadvocatesgateway.org](http://www.theadvocatesgateway.org). El sitio recibe el apoyo del Colegio Judicial, de organizaciones de abogados y del Ministerio de Justicia. El *Portal* agregó nuevos juegos de herramientas en 2014 sobre trastornos mentales, sordera, identificación de vulnerabilidades y uso de la comunicación remota por radio enlace, y existen planes para agregar nuevas herramientas. El sitio web ofrece listas de casos relevantes y otro material de referencia. En el sitio web también se puede ver la película *Una Cuestión de práctica*, producida por la Asociación de Abogados Penales junto a otras organizaciones, que explica cómo adaptar la formulación de preguntas a jóvenes y otros testigos o imputados vulnerables. La película explora las circunstancias en las que el abogado no debe exponer sus argumentos ante el testigo y considera formas alternativas en las que se puede objetar el testimonio del testigo. Las Directivas sobre Prácticas Penales de 2014

<sup>28</sup> Consejo de Capacitación de Abogados (2011) *Raising the Bar: The Handling of Vulnerable Witnesses, Victims and Defendants at Court*, página 49.

recomiendan los juegos de herramientas como parte de las 'mejores prácticas': *'Los abogados deben consultar y seguir las guías relevantes toda vez que se preparen para interrogar a un testigo o acusado joven o vulnerable. Puede ser útil para los jueces recomendar a los abogados que consulten este material y que utilicen los juegos de herramientas para la administración de casos'* (3D7)<sup>29</sup>.

Los juegos de herramientas forman parte de las guías judiciales para un proyecto piloto sobre la grabación previa del contrainterrogatorio a un testigo vulnerable, en el que los jueces 'examinaron a fondo' las preguntas del contrainterrogatorio antes de que se realicen<sup>30</sup>. Sujeto a una evaluación positiva, el Ministro de Justicia se ha comprometido a poner en práctica el esquema para niños víctimas en todo el territorio de Inglaterra y Gales para marzo de 2017<sup>31</sup>.

La influencia de los juegos de herramientas se está extendiendo más allá de los tribunales penales: El *Informe provisional del grupo de trabajo sobre niños y testigos vulnerables* fundado por Sir James Munby, Presidente de la División de Familia fue publicado en agosto de 2014. Muchas de sus recomendaciones provienen de los juegos de herramientas: *'demuestran que un tratamiento sensible no imposibilita el desarrollo del contrainterrogatorio ni de un juicio justo'*<sup>32</sup>.

El concepto de juego de herramientas es fácilmente adaptable a cualquier jurisdicción: nos complacería tener un intercambio sobre este trabajo con cualquier persona que se encuentre interesada.

### Joyce Plotnikoff DBE y Dr Richard Woolfson

Por favor envíe la correspondencia a [jplotnikoff@lexiconlimited.co.uk](mailto:jplotnikoff@lexiconlimited.co.uk)

Se puede encontrar más información en 'Making the most of working with an intermediary' en [www.lexiconlimited.co.uk](http://www.lexiconlimited.co.uk) y en nuestro libro 'Intermediaries in the criminal justice system: improving communication for vulnerable witnesses and defendants' (Policy Press, University of Bristol, Julio 2015).

<sup>29</sup> El Tribunal de Apelaciones describe los juegos de herramientas como 'excelentes guías prácticas': *R v Lubemba* [2014] EWCA Crim 2064, para 40.

<sup>30</sup> Poder Judicial de Inglaterra y Gales (2014) Artículo 28 de la Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999: Pregrabado del contrainterrogatorio y repreguntas.

<sup>31</sup> Ministerio de Justicia (septiembre de 2014) Nuestro compromiso para con las víctimas.

<sup>32</sup> Felicity Gerry QC (19-20 Noviembre de 2014) Testigos vulnerables – dignidad y respeto. Trabajo presentado en la Conferencia de Estudios de Investigación Académica Independiente, Londres.

## ¿Equidad para los vulnerables niños testigos en Inglaterra y Gales?

Justice Renate Winter\*



Inglaterra es el país que “inventó” los Derechos Humanos, especialmente para las personas procesadas en el sistema judicial. Esto sucedió hace muchísimos años en la oscura Edad Media, ¿o no?

Inglaterra es el país que aplicó la noción de equidad a todos los niveles de la vida humana: “juego limpio”, “comercio justo”, “juicio justo”, ¿o no?

Inglaterra es un país en el que se supone que todas las personas deben tener acceso a la justicia, a una justicia equitativa, sean delincuentes, víctimas o testigos, ¿o no?

¿Es realmente así?

En Rotherham<sup>1</sup>, Inglaterra, durante los últimos 14 años, aproximadamente 1.400 niños sufrieron abuso sexual por parte de hombres asiáticos, hecho conocido por la policía desde el año 2005. Para dicha área, las autoridades ahora hablan de un evidente fracaso del liderazgo político y policial, y finalmente los líderes políticos y policiales tuvieron que retirarse, no sin antes negar cualquier tipo de participación y/o conocimiento sobre el tema.

Desde 2005, investigadores y Organizaciones no Gubernamentales entregaron informes a la policía y las instituciones de bienestar social con datos de niños que manifestaban que un grupo de hombres asiáticos seducía y violaba en forma sistemática y repetida a niños, en su mayoría niñas de tez blanca. Ninguna de las instituciones reaccionó en forma satisfactoria. Algunos oficiales de policía ahora dicen que no intervinieron por miedo a ser etiquetados de “racistas”. Las autoridades policiales han aceptado esta

declaración. Yo me pregunto, ¿desde cuándo la policía británica tiene tanto miedo de ser etiquetada? ¿Desde cuándo es más importante para los policías pensar sobre cómo pueden ser etiquetados que cumplir su deber de proporcionar protección, protección “justa”, para aquellos que la necesitan?

Una de las respuestas de los servicios sociales fue que esos niños provenían de entornos muy difíciles, que tenían muchos problemas, que hubieran necesitado mucha asistencia psicológica y financiera, asistencia que no estaba disponible debido a restricciones financieras y de personal. ¡Por supuesto! No se pueden desperdiciar los recursos económicos escasos en niños que de todos modos son casos perdidos... ¿O sí? O sea, hubiera sido una pérdida de tiempo y dinero asistir a aproximadamente 1.400 “niños perdidos” que sufrieron abusos horribles.

La equidad no parece importar cuando se trata de niños ‘perdidos’ en los cuales nadie se interesa. Tal vez ustedes se pregunten qué rol cumplen las familias de estos niños. La respuesta es que no se mantuvieron inactivas. De hecho, muchas familias acudieron repetidamente a la policía y las autoridades, pero fueron ignoradas. Muchas madres rastrearon las calles buscando a sus niños.

Por supuesto, como ya mencioné, en Inglaterra hay acceso equitativo a la justicia para todas las personas, pero... ¿algunas personas son más iguales que otras? ¿Los niños son menos iguales que los adultos?

Actualmente, se están efectuando investigaciones sobre la conducta de 10 oficiales de policía y sobre los servicios sociales de la autoridad local.

Y seguramente cuando el problema sea asumido por la policía y los servicios sociales y conocido por la fiscalía y los tribunales se llevará adelante un juicio justo por violación y otros abusos sexuales violentos, de acuerdo con las tradiciones de nuestro país, ¿no creen? <sup>2</sup>

Pero observemos lo que sucedió en el pasado reciente en un tribunal de Inglaterra.

En Telford, Inglaterra, en el marco de la operación “Chalice”<sup>3 4</sup>, hubo 7 hombres acusados con sus 7 abogados defensores conainterrogando a una

<sup>2</sup> 5 hombres condenados, Operación Rotherham Central Nov. de 2010, condenas de 4 a 9 años.

<sup>3</sup> Compleja operación policial en la que trabajaron 50 oficiales de policía junto con el Consejo de Telford y Wrekin y el Centro de Tráfico de Personas del Reino Unido, con el apoyo del Servicio de Fiscalía de la Corona.

<sup>4</sup> 7 hombres fueron condenados de a 30 meses a 18 años: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-shropshire-22379414>

<sup>1</sup> <http://www.bbc.co.uk/news/uk-28955170>

niña de 16 años que había sido violada por una pandilla y explotada sexualmente por más de dos años. El contrainterrogatorio se prolongó a lo largo de todos los días hábiles durante tres semanas. Tres semanas durante las cuales los abogados trataron a la niña de “mentirosa compulsiva”, intentaron quebrantarla a cualquier costo, haciéndola relatar una y otra vez su calvario, ridiculizándola, denigrándola, repitiendo las preguntas hasta el hartazgo para detectar detalles que pudieran diferir y ser utilizados para reducir su credibilidad. En resumen, los abogados hicieron su trabajo según los métodos del sistema acusatorio.

¿Esto es lo que se considera justo?

En el sistema acusatorio, al igual que en el sistema continental, el juez es quien se encarga de garantizar la equidad y corrección del proceso para todos los involucrados, es decir, las partes, los testigos y las víctimas. El juez es quien tiene derecho a no permitir que se repitan preguntas que implican acusar de mentiroso del deponente. El juez, y solo el juez, es quien decide si una persona puede ser llamada mentirosa o no, basándose en las pruebas presentadas por las partes.

En el sistema acusatorio, el juez tiene derecho a no permitir preguntas que cubren asuntos ya abordados, a menos que la pregunta contenga alguna información nueva o que la respuesta esperada pueda revelar información nueva. ¿Qué estaba haciendo el juez en este juicio cuando distintos abogados repetían las mismas preguntas sobre los mismos temas, preguntas sobre temas que no implicaban ninguna diferencia para los distintos acusados, como el estilo de vida de la víctima?

El Reino Unido ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Convención protege a los niños de hasta 18 años. Una niña de 16 años que testifica en un tribunal en carácter de víctima definitivamente debe ser protegida en conformidad con la Convención en el Reino Unido. Un niño víctima debe ser considerado antes que nada un “niño”, con derecho a ser tratado como tal. Esto significa que durante el juicio el juez debe contemplar las necesidades de un niño testigo de descansos, protección contra tratamientos sumamente insensibles de las partes y especialmente protección durante el contrainterrogatorio.

Los abogados de la defensa siempre sostienen que el acusado tiene derecho a que los testigos de la fiscalía sean contrainterrogados y su trabajo es hacerlo en forma minuciosa en favor de los intereses de su cliente. Según ellos, esto incluye el derecho y el deber de intentar desacreditar a un testigo de la fiscalía a cualquier costo, incluso aunque esto signifique “destruir” al testigo, especialmente cuando se trata de un testigo víctima. El juez, en la opinión de los abogados de

la defensa, no debe interferir, ya que eso podría implicar parcialidad.

Si la situación fuera realmente así, significaría que el sistema judicial es justo solo para el acusado y no para la víctima, especialmente no para un niño víctima que necesita protección especial según los términos de la Convención ratificada por el Reino Unido. Para garantizar que el sistema sea justo para la víctima, el juez como líder y árbitro del proceso tiene el derecho antes mencionado a evaluar, permitir, rechazar o desaprobar las preguntas inadecuadas realizadas por las partes. También tiene la facultad de permitir que una víctima tenga un abogado representante y, según la interpretación internacional de los derechos del niño, incluso tiene la facultad (en casos difíciles, el deber) de proporcionarle un abogado representante a un niño víctima. También tiene la facultad y el deber de garantizar que los niños testigo tengan el tiempo necesario para recreación y descanso durante los interrogatorios dependiendo de su condición mental y psicológica. Evitar la parcialidad, una preocupación aparentemente constante para un juez del *common-law*, no significa que deba descuidar su deber de proteger a los niños en los tribunales de justicia.

El dicho es que “los casos más complejos producen mala legislación”. ¿No sería mejor decir que “la conducción deficiente de los casos complejos produce malas prácticas”? El problema en el sistema acusatorio no parece ser que permite el tratamiento injusto de los niños víctimas y testigos, sino que el muy limitado conocimiento sobre la forma correcta de tratar a los niños según su capacidad de desarrollo por parte de los jueces deriva en una victimización secundaria de los niños víctima de delitos sexuales.

La falta de experiencia en el tratamiento de los niños puede haber sido la razón por la cual el Presidente del Tribunal Supremo para Inglaterra y Gales tuvo la idea de repensar las audiencias de carácter acusatorio en casos civiles y de familia, principalmente, según dijo, porque en estos tiempos de austeridad el presupuesto para asistencia letrada está siendo reducido y los litigantes carecen de representación. Se puede argumentar fácilmente que en los casos penales existen los mismos problemas y que, independientemente de los derechos del acusado, los niños víctimas o testigos que no tienen representación deben ser protegidos. El último informe del Comisionado de los Niños de Inglaterra también señala que se les está negando la administración de justicia a adolescentes vulnerables debido a los recortes financieros a la asistencia letrada.

La solución, por lo tanto, debe ser que se acuerden reglas básicas para la conducción de los juicios al inicio de todos los casos, no solo

algunos, y especialmente aquellos que involucran a niños. El juez debe controlar el tratamiento ético de los niños durante el juicio e incluso después del juicio, si se requiere protección especial para niños víctimas y testigos. Este control debe ser estricto y requeriría una capacitación especial de los jueces, fiscales y abogados defensores por igual. El objetivo sería que le asignen relevancia primordial al interés superior de los niños, incluidos los niños testigo y especialmente los niños víctima, tal como se establece en la Convención. Como consecuencia, incluso en el sistema acusatorio, el deber de proteger a un niño víctima/testigo es un deber predominante del juez que preside el juicio y no tiene nada que ver con la parcialidad.

Deberíamos preguntarnos si el código de ética de los abogados del *common law* tiene un capítulo que aborde el tratamiento de los niños en forma adecuada, como la mayoría de las asociaciones de abogados del derecho continental.

También debemos hacernos esta pregunta: ¿los desarrollos técnicos utilizados en los tribunales de muchos países, como los contrainterrogatorios pre-grabados, no son posibles en Inglaterra y Gales? ¿O no se utiliza esta técnica porque la defensa considera que amenazando e intimidando en forma directa a niño víctima durante su testificación puede influenciar mucho más efectivamente al jurado<sup>5</sup>? (CJS pagina 17)

Y finalmente, hay otros dos asuntos espinosos que se deben tener en cuenta en el sistema acusatorio: primero, el tema del consentimiento, y segundo, el tema de la carga de la prueba.

Muy a menudo, un individuo acusado de abuso sexual de niños declara —si es que él (en la mayoría de los casos son hombres) declara algo, ya que no tiene la obligación de hacerlo si no lo desea— que hubo consentimiento por parte del niño. Abuso sexual significa explotación de un niño, y no se puede considerar que ningún niño haya consentido a su propia explotación. Esta defensa es improcedente, en términos legales, ya que el delito en cuestión consiste en la interacción sexual con un niño menor de 16 años, es decir, legalmente incapaz de dar consentimiento. El mismo punto se aplica al cuestionamiento de los antecedentes sexuales de la víctima para hacer que el jurado dude de su credibilidad.

Esto nos lleva a la “vaca sagrada” del sistema acusatorio: la carga de la prueba. Parece estar escrito en piedra que la carga de la prueba, siempre y en todos los casos, recae en la fiscalía. La fiscalía debe probar que el presunto culpable no sabía y no podía saber que la víctima era, por ejemplo, un niño de 10 años o una niña de 12 años. El acusado puede elegir no decir nada o alegar que el niño o la niña le dijo que tenía más de 16 años y por lo tanto podía dar consentimiento. Si la fiscalía llama a la víctima como testigo, el niño puede ser fácilmente intimidado y es posible que finalmente admita cualquier cosa con tal de que lo dejen en paz. O, si el niño se mantiene firme, la defensa tratará de desacreditarlo, afirmando que el niño mintió sobre su edad para obtener dinero /recompensas/ comida/ drogas/ alcohol de parte del acusado. En este punto, muchos niños víctimas se quiebran, porque les han hecho creer que el horror que vivieron fue su culpa.

Tener relaciones sexuales con un niño de hasta cierta edad determinada por ley es un delito, y queda en la persona adulta que desea tener esa relación asegurarse de que el niño sea mayor de esa edad antes del acto. ¿Cómo puede la fiscalía probar que alguien no ha tratado de hacer algo, que el acusado no ha intentado obtener la información necesaria? La carga de la prueba por cosas no hechas que deberían haber sido hechas debe recaer lógicamente en el acusado, no en la fiscalía. El hecho de que esto esté en contra de la regla de hierro del sistema acusatorio no debe impedir que se aplique la lógica.

Parece que ya se ha comenzado a repensar este aspecto del sistema.

Durante la última audiencia de la delegación británica en el Comité de los Derechos del Niño en Ginebra, el líder de la delegación mencionó que, especialmente en casos de tráfico de niños para fines sexuales, se está redactando una ley que revierte la carga de la prueba. Si se logra sancionar esa ley, será un enorme paso para combatir el acoso, extorsión y abuso sexual (incluido el abuso sexual con acceso carnal) de niños y podrá permitir que aproximadamente 2.700 niños víctimas de tráfico (última cifra reportada para este año), la mayoría con fines de explotación sexual, finalmente tengan acceso a la justicia, la protección legal que necesitan y, esperemos, un juicio realmente justo.

**Jueza Renate Winter\***

Miembro del Tribunal Especial Residual para Sierra Leona

Miembro del Comité de los Derechos del Niño

---

<sup>5</sup> En 2014 se está aplicando en forma piloto el artículo 28 de la Ley de Pruebas de Justicia Juvenil y Penal (1999) en 3 tribunales de la corona - Nota de la Editora

## Menores en el sistema de justicia penal ('CJS') en Inglaterra y Gales

Andrew Glover



Existe un sistema completo de justicia juvenil orientado a alejar del delito a los jóvenes, es decir a los menores de entre 10 y 17 años, acusados de participar en conductas delictivas en el menor plazo posible. El Servicio de Fiscalía de la Corona ('CPS', por sus siglas en inglés) de Inglaterra y Gales cuenta con fiscales expertos en justicia juvenil en las 13 áreas que atienden estos casos. Estos profesionales han recibido capacitación especial y cuentan con recursos para asegurar que llevemos a cabo nuestra tarea de intentar revertir las vidas de los menores en conflicto con la ley.

La decisión de procesar a un joven solo se debe tomar luego de un análisis exhaustivo del caso y dando debida consideración a las circunstancias y al carácter del joven. Es decir, teniendo en cuenta información sobre su situación habitacional y antecedentes provenientes de fuentes como la policía, el servicio de delincuencia juvenil, la autoridad local y/o otros servicios destinados a los menores. Es esencial que se identifiquen, se evalúen y se pongan en la balanza todos los asuntos de interés público que motivan la decisión. El sistema de justicia penal aplica un trato distinto a los menores y jóvenes que a los adultos en conflicto con la ley, en tanto debe tener en cuenta el interés superior y el bienestar del niño, incluso si es factible que el procesamiento tenga un impacto adverso en su perspectiva de futuro y si es desproporcionado para la gravedad del delito. El objetivo principal del sistema de justicia juvenil es prevenir la delincuencia de menores y jóvenes.

### Nuestra atención a las víctimas

El CPS ha priorizado el servicio que brindamos a víctimas y testigos. Un componente clave de este servicio consiste en el trabajo que estamos realizando para apoyar a las víctimas de abuso sexual y llevar sus casos, tanto recientes como históricos, ante la justicia.

### *Prioridad a casos con víctimas y testigos jóvenes*

Desde el 1 de abril de 2013, el CPS identifica todos los casos que involucran a testigos de 10 años o menos y los incorpora a la *Iniciativa testigos jóvenes*, lo que permite dar prioridad a estos casos, particularmente cuando son litigiosos. Los tribunales, la policía y el CPS están elaborando un nuevo protocolo que garantizará que estos casos se aceleren tanto como sea posible. Esta celeridad es indispensable para permitir a la joven víctima o testigo prestar mejor testimonio a la mayor brevedad.

### *Tribunales y juicios*

Los tribunales de Inglaterra y Gales operan con el sistema acusatorio. Esto significa que en todos los casos en los que el fiscal cuestiona a la víctima sobre lo sucedido, la defensa contrainterroga y objeta el testimonio de la víctima, a menudo solicitándole que acepte otros escenarios alternativos. El fiscal puede finalmente reexaminar, o realizar más preguntas para aclarar aspectos señalados por la contrainterrogación de la defensa. El sistema ha sido aplicado con éxito durante los dos últimos siglos y ha permitido a los jurados determinar donde se encuentra la verdad en cada caso.

### *Intermediarios*

El problema surge cuando la víctima que es cuestionada en el tribunal es un niño o es vulnerable por alguna otra razón. No son poco frecuentes los casos en los que el niño presta testimonio al fiscal, luego acepta todo lo que la defensa le sugiere para luego aceptar nuevamente lo que dice el fiscal.

La forma en que se formulan las preguntas, la manera de hacerlas y el lenguaje confuso y complicado que los abogados utilizan algunas veces pueden sumarse a las dificultades que deben enfrentar los niños que se encuentran en medio de un juicio penal. Desde hace algún tiempo, el CJS implementa medidas especiales para ayudar a los niños víctimas y testigos a prestar testimonio en el tribunal mientras continúan asegurando que el acusado reciba un trato justo.

Un mecanismo de apoyo clave es el uso de mediadores registrados. Dichos mediadores son personas especialmente capacitadas que facilitan la comunicación entre la policía, la fiscalía y los equipos legales del acusado y/o el tribunal y el testigo para asegurar que el proceso de comunicación sea lo más completo, coherente y preciso posible. El mediador es imparcial y neutral. Su intervención puede ayudar a los niños desde la etapa indagatoria al inicio hasta la experiencia tribunalicia al finalizar el proceso. En el tribunal en particular, el mediador es

responsable de que estos testigos sean comprendidos y puedan comprender lo que se les pregunta. No se utilizan mediadores en todos los casos en los que se podrían requerir sus servicios, pero el Ministerio de Justicia actualmente está incorporando más profesionales para poder ofrecer sus servicios en todos los casos en los que resulten necesarios. El nivel de asistencia que el mediador presta a la víctima se puede también, en determinadas circunstancias, prestar al acusado mediando solicitud al juez.

### **Otras medidas especiales**

Los niños testigo también pueden prestar testimonio desde un sitio remoto por video comunicación en vivo para que no tengan que enfrentar cara a cara al acusado durante el juicio. En estos casos, pueden contar con la presencia de una persona de apoyo en la sala. Otra alternativa es que presten testimonio desde atrás de una pantalla dentro de la sala del tribunal si sienten que este método es más útil para ellos. Se han hecho esfuerzos durante los últimos años para dar mayor cabida a los deseos del niño en relación con estos asuntos en lugar de asumir que la modalidad de prestar testimonio vía video es apta para todos.

**Artículo 28** de la Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999 (YJCEA, por sus siglas en inglés)<sup>1</sup>

La Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999 (YJCEA) introdujo una serie de medidas que se pueden implementar para facilitar la recopilación de pruebas y el testimonio de testigos vulnerables e intimidados. Estas medidas se denominan colectivamente "medidas especiales" y están sujetas a la discrecionalidad del juez. Actualmente se están analizando otras medidas. Junto a la policía, el Ministerio de Justicia y otras agencias del CJS, el CPS está evaluando en un proyecto piloto una medida especial que permite a determinadas víctimas y testigos vulnerables pregrabar su testimonio y realizar el contrainterrogatorio antes de que comience el juicio, en lugar de comparecer ante el tribunal. El proyecto piloto incluye a testigos menores de 16 años y a testigos con trastornos físicos o mentales, cuyos testimonios probablemente terminen siendo desestimados.

El proceso intenta mejorar la experiencia de las víctimas o testigos vulnerables garantizando que presten testimonio lo más cerca posible de la fecha del presunto delito. De hecho, las frecuentes largas demoras entre la fecha en que se brinda declaración ante la policía y la fecha en que el caso es llevado ante el tribunal pueden contribuir a que las víctimas y los testigos tengan dificultades para recordar los acontecimientos y experimenten mayor ansiedad, es así

particularmente en los casos de las víctimas más vulnerables.

En los casos comprendidos en el proyecto piloto, ya estamos observando testigos vulnerables que son contrainterrogados a las pocas semanas de que el acusado comparezca por primera vez ante el tribunal y, en todos los casos, está sucediendo antes de que se solicite al acusado que se declare culpable o inocente. Un beneficio indirecto de esta medida especial es que los acusados (incluyendo a aquellos en prisión preventiva) tienen una idea más clara de la fuerza de la evidencia contra ellos en una etapa más temprana del juicio. Esto garantiza que estén en una mejor posición para decidir si desean declararse culpables o inocentes y cómo desean proceder en la audiencia y, si se trata de un caso en el que el acusado se declara no culpable, los abogados saben sobre qué temas abocarse. Es de esperar que esta medida asegure una mejor preparación del caso y reduzca las demoras, lo que solo puede representar un beneficio para aquellos que se encuentran en prisión preventiva.

A largo plazo, este enfoque podría ampliarse para incluir a las víctimas y testigos de juicios de personas en prisión o en prisión preventiva. Además, las lecciones aprendidas durante este proyecto piloto del artículo 28 aportarán información a los tribunales sobre la realización y duración del contrainterrogatorio de personas vulnerables.

### **Abogados adecuadamente capacitados**

El CPS ha abierto el camino para asegurar que los abogados cuenten con las habilidades adecuadas para atender casos graves de abuso sexual y ya ha introducido la categoría de abogado de la acusación para casos de violación y abuso sexual de niños. Todos los abogados asignados a este tipo de casos deben cumplir con los rigurosos requisitos de experiencia, especialización y capacitación regular. La lista de abogados calificados se conoce como 'Lista de abogados especializados en casos de violación y abuso sexual de menores'. Con la Lista, el CPS persigue el objetivo de asegurar que se asigne al mejor abogado para atender cada caso en particular. Actualmente, hay más de 1.200 abogados en la Lista de abogados especializados en casos de violación y abuso sexual de menores.

Algunas de las medidas han sido pensadas para mejorar la experiencia de la víctima y el testigo durante el proceso de enjuiciamiento y son cada vez más importantes en la medida en que aumenta el número de casos que involucran a menores. El CPS recibe reclamos sobre la conducta general de los abogados y su comportamiento ante el tribunal, ya sea porque se presentan ante la víctima antes de que preste testimonio o por la forma en que interactúan con el equipo de la defensa en determinadas

1.

circunstancias. El CPS solicita a sus abogados que estén completamente al tanto de las guías de buenas prácticas<sup>2</sup> antes de que se los designe para actuar en nombre del CPS y que sean sensibles a lo que le ocurre a la víctima. Existen varios ejemplos de guías de buenas prácticas en el sitio Web del CPS y en el portal de abogados<sup>3</sup>.

### **Abuso sexual de menores ('CSA')**

El 2 de julio de 2014, el CPS publicó su informe de delitos que implican violencia contra mujeres y niñas que indicaba que en 2013-14 el número de procesos penales por delitos de abuso de niñas (sexuales y no sexuales combinados) alcanzó los 7.998 casos, lo que representa un aumento de 440 casos (5,8%) respecto del período 2012-13. Se estima que este número aumentará nuevamente el año próximo a raíz de un número de casos recientes muy notorios<sup>4</sup> que han generado mayor conciencia sobre el problema de abuso de menores. La tasa de sentencias en 2013-14 fue 76,2% de todas las acusaciones presentadas, un pequeño aumento respecto del año anterior.

En tanto organizaciones benéficas como Childline<sup>5</sup> continúan asimilando estos casos a la negligencia más que al abuso sexual, la naturaleza excepcionalmente grave del CSA y las consecuencias a largo plazo para las víctimas de este tipo de abuso lo convierten en un tema de particular interés para nosotros como fiscales.

Durante los últimos años hemos cambiado significativamente nuestro enfoque respecto de estos casos para asegurar que las víctimas tengan posibilidades de ver que se hace justicia con los perpetradores.

### **El Código y el 'enfoque del mérito'**

Además de los avances que se han puesto en práctica durante la tramitación de los casos en los tribunales, fundamentalmente hemos cambiado la forma de recepción de los casos por la justicia. Junto a la Asociación de Jefes de Policía y la Escuela de Policía, el Director anterior de la Fiscalía Pública realizó una serie de reuniones para analizar los problemas y desafíos que presentan estos casos. Hubo más de 200 asistentes a los debates que representaban a víctimas, a la policía, al poder judicial, a los abogados, a los servicios sociales, a los especialistas en servicios de apoyo y a las agencias legales, que, además de recibir las opiniones provenientes de consultas públicas, contribuyeron a la elaboración de la nueva guía

<sup>2</sup>

[http://www.cps.gov.uk/legal/p\\_to\\_r/prosecuting\\_advocates\\_instructions/](http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/prosecuting_advocates_instructions/)

<sup>3</sup> <http://www.theadvocatesgateway.org/>

<sup>4</sup> Savile, Operation Yewtree y en forma más general Rotherham

<sup>5</sup> Childline es un servicio de orientación para menores y jóvenes que atiende las 24 horas [www.childline.org.uk](http://www.childline.org.uk)

para juzgar casos de CSA que se publicó en octubre de 2013.

La nueva guía establece un nuevo enfoque para evaluar si la evidencia es fiable o creíble. Destaca la necesidad de considerar la credibilidad de la acusación en general en lugar de considerar solo la credibilidad del testimonio de la víctima.

### **El Código**

[Code for Crown Prosecutors](#)<sup>6</sup> establece dos etapas que los fiscales deben cumplir para decidir si un caso llega a juicio o no. La primera etapa es la evaluación de la evidencia. Si el caso no pasa esta primera etapa no continúa, independientemente de cuán importante o grave sea. Si pasa la primera etapa de evaluación de la evidencia, los fiscales públicos deben proceder a la segunda etapa y decidir si se presenta la acusación en consideración del interés público.

La etapa de evaluación de la evidencia requiere que los fiscales analicen si hay suficiente evidencia para que exista una "perspectiva realista de condena" contra cada acusado por cada cargo. Deben considerar cómo puede ser la defensa del caso y cuán probable es que afecte el resultado del juicio. La perspectiva realista de condena es una prueba objetiva. Significa que existen altas probabilidades de que el jurado o los jueces de paz o el juez que entiende en el caso por separado, llevándolo de acuerdo con lo dispuesto por la ley, llegue efectivamente a condenar al acusado. Esta es una prueba independiente de la prueba que deben aplicar los tribunales penales por sí mismos. Un tribunal solo debe condenar si está seguro de la culpa del acusado. Al decidir si hay suficiente evidencia para juzgar, los fiscales públicos deben considerar si se puede utilizar la evidencia y si es confiable.

### **Méritos**

Existen algunos casos en los que las condenas son notoriamente difíciles de lograr, incluso aunque el funcionario a cargo del caso y la fiscalía pública crean que el demandante es confiable. Las así denominadas "violaciones durante una cita" son un ejemplo. Si el fiscal público tuviera que evaluar la probabilidad de éxito en base a sus experiencias pasadas de casos similares, es probable que no pueda concluir que el jurado tiene altas probabilidades de condenar al acusado. El fiscal adoptaría la exigencia de corroboración en dichos casos, lo que el Parlamento ha abolido. Este es un enfoque incorrecto. Históricamente han surgido consideraciones similares en casos de abuso sexual de menores en los que el comportamiento de la víctima socavó su credibilidad como testigo

<sup>6</sup>

[http://www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors/](http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/)

y por lo tanto afectó el juicio del fiscal acerca de la perspectiva realista de condena.

Ahora miramos este asunto bajo una perspectiva diferente. En el enfoque "basado en méritos", la cuestión de si el caso pasa la prueba de la evidencia no depende de conjeturas estadísticas.

En lugar de esto, el fiscal se pone en el lugar del investigador y se pregunta si la evidencia es suficiente para merecer una condena teniendo en cuenta lo que sabe sobre la defensa del caso. Este enfoque implica que, cuando se evalúa la credibilidad, el foco se pone en la acusación en general. Al alejar el énfasis de la credibilidad de la víctima y ponerlo en la acusación en general incluyendo la evaluación de la credibilidad del acusado, el objetivo es asegurar que se escuche a las víctimas, se las trate en forma justa y tengan la oportunidad de que se haga justicia.

### **Mitos, estereotipos y supuestos**

Además, el fiscal debe actuar como un jurado hipotético que no se encuentra influenciado por ningún mito. El fiscal debe suponer que el juez dirigirá correctamente al jurado y que se respetarán sus instrucciones.

Las guías sobre CSA enfatizan la necesidad de reconocer y cuestionar los mitos y estereotipos comúnmente sostenidos sobre la naturaleza del abuso sexual y el comportamiento de las víctimas 'reales'. También detalla el impacto de la violencia sexual sobre las víctimas y la necesidad de garantizar que se evite la revictimización. Esto incluye mantener a la víctima plenamente informada e involucrada en las decisiones que se toman en su caso. Los mitos nacen de los prejuicios y estereotipos y los refuerzan, y los miembros de un jurado pueden traerlos a la sala del jurado en un intento de explicar los acontecimientos, como en una violación.

Los jurados deben ser orientados acerca de las ideas erróneas y los mitos comunes al comienzo de los juicios por violación. Algunos ejemplos sobre prejuicios comúnmente sostenidos son:

- Las violaciones ocurren entre desconocidos en un callejón oscuro
- Las mujeres provocan la violación por la forma en que se visten o actúan
- Las mujeres que toman alcohol o consumen drogas están pidiendo que las violen
- La violación es un delito vinculado a la pasión
- Si ella no gritó, no luchó ni se lesionó, no fue violación
- Se puede saber si realmente ha sido violada por la forma en que actúa
- Las mujeres alegan violación cuando se arrepienten de haber tenido sexo o desean vengarse
- Solo los hombres homosexuales son violados
- Solo los hombres homosexuales violan a otros hombres
- Las prostitutas no pueden ser violadas

- Si la víctima no presentó una denuncia de inmediato, no fue violación

Es evidente a la luz de los casos recientes que las víctimas de explotación sexual infantil generalmente tienen vidas caóticas. Su testimonio ha sido confuso y parecen mantener lealtad con sus abusadores. Más que representar un signo de que ellos y sus testimonios no son confiables, los jurados deben comprender que los efectos y resultados de años de explotación sexual conducen a vidas caóticas. Otro ejemplo es la expresión que probablemente hayan oído en relación a personas que practican la "prostitución infantil", esto implica en alguna medida que el niño ha tomado la decisión de emprender esa práctica. Lo cierto es que fueron explotados y forzados a tomar ese camino para lucro de un tercero. Un ejemplo de esto es la víctima que se transforma en perpetradora de un delito. Otro ejemplo perturbador es el de una niña víctima de tráfico de personas a Gran Bretaña para prostitución que luego contribuyó al tráfico de otras niñas, muy probablemente desde el mismo país y con las mismas vulnerabilidades que ella. Es bastante claro que los delitos de esta naturaleza exigen un análisis muy exhaustivo por parte de los fiscales, ya que no sería correcto acusar en este tipo de circunstancias.

### **Casos no recientes**

El impacto del abuso sexual en las víctimas puede ser grave y duradero. Con frecuencia estos delitos implican abuso de poder. La determinación de culpabilidad del tribunal o la admisión de culpabilidad del perpetrador puede ayudar a la víctima a reparar lo que le sucedió muchos años antes. Como el Parlamento no ha impuesto ningún límite de tiempo para juzgar estos casos, el CPS continuará revisando cuidadosamente los casos que la policía le remita para tomar una decisión de acusación aunque haya transcurrido mucho tiempo desde el momento en que se cometió el delito. Se ha dado un debate considerable en los medios respecto de las decisiones de juzgar estos casos. Sin embargo, cuando exista evidencia para hacerlo y hacerlo sea en pos del interés público, el CPS continuará actuando en forma efectiva.

### **Perpetradores**

También debemos considerar el mejor enfoque para los perpetradores de estos tipos de delitos. Todo parece indicar que ha habido un incremento de casos de CSA mayor del que esperábamos. Como sociedad, necesitamos encontrar formas de intervenir en las vidas de las personas involucradas para cambiar sus comportamientos. En parte se trata de condenar en forma efectiva, tanto para castigar al individuo como para enviar una señal clara de que no se tolerarán estos delitos.

Pero también debemos tener en cuenta qué factores se esconden detrás de estos delitos. ¿Han cambiado las expectativas de la sociedad respecto de lo que es una conducta aceptable? ¿El acceso a la pornografía infantil en Internet conduce a un aumento de estas conductas inaceptables? ¿Se pueden implementar intervenciones en forma temprana para evitar que aquellos que podrían cometer estos delitos no los cometan?

Algo esencial para avanzar en este sentido es asegurar que las víctimas y testigos, particularmente en estos casos, reciban apoyo para prestar un mejor testimonio y sientan que el CJS se ha desempeñado con profesionalismo y que los ha tratado con empatía.

**Andrew Glover** es abogado especialista en derecho penal. Actualmente integra el Consejo de Políticas y Estrategias del Servicio de Fiscalía Pública asesorando al Director de la Fiscalía Pública en diversas áreas de políticas incluyendo, abuso sexual de niños, niños víctimas y testigos y víctimas y testigos vulnerables, Andrew es instructor de abogados del CPS y supervisor registrado.

**El testimonio especial de niños en el sistema judicial de Brasil**

**Professor Benedito Rodrigues dos Santos, Vanessa Viana do Nascimento y Itamar Batista Gonçalves**



Professor Benedito Rodrigues dos Santos



Vanessa Viana do Nascimento



Itamar Batista Gonçalves

**Introducción**

La modalidad de testimonio especial en Brasil es el resultado de las iniciativas orientadas a evitar la revictimización de las víctimas en las audiencias judiciales en las que participan niños víctimas o testigos de delitos de violencia sexual. Lamentablemente, los niños sometidos a abuso sexual que deben pasar por los servicios de protección, las agencias de investigación y el sistema judicial, normalmente deben relatar lo que les ocurrió entre seis y diez veces (Santos; Gonçalves, 2009). Con la difusión del enfoque de testimonio especial, se ha ayudado a reducir la cantidad de veces que los niños deben prestar testimonio, por lo menos durante la etapa judicial del proceso y a protegerlos de las asperezas del sistema judicial (OHCHR, 2000).

Los métodos, las técnicas y los procedimientos que se categorizan como testimonio especial se aplican antes, durante y después de la declaración de los niños que son víctimas o testigos de actos tipificados como delitos por el Código Penal Brasileiro.

En términos generales, bajo el modelo de testimonio especial, se asignan equipos multidisciplinarios que están compuestos, principalmente, pero no exclusivamente por trabajadores sociales y psicólogos especialmente capacitados. Estos equipos aplican diversos protocolos de entrevistas forenses, especialmente el modelo de entrevista cognitiva y el del Centro Nacional para la Defensa de los Niños (NCAC) que se utiliza en los Estados Unidos. Este último ha sido adaptado al contexto cultural y legal de Brasil bajo el título de Protocolo brasileiro para entrevistas judiciales de niños y adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual (Santos et al., 2014).

Bajo la modalidad de testimonio especial se trabaja en un ambiente amable, separado de la sala de audiencias y especialmente

acondicionado como para proteger a los niños y a los adolescentes. Las entrevistas se transmiten a la sala de audiencias a través de televisión por circuito cerrado (CCTV) (Santos et al., 2013).

El Protocolo brasileiro dispone que después de concluir la entrevista el equipo debe interactuar con la sala de audiencias para recibir las preguntas que surjan. Esta comunicación con la sala de audiencias generalmente se hace a través de un receptor de audio que utiliza el profesional que está conduciendo las entrevistas. No obstante, también se están probando otras alternativas como utilizar un teléfono, la visita del entrevistador a la sala de audiencias y otras modalidades que se describen en otras secciones del protocolo (Santos et al., 2013).

En la sala deben estar presentes un juez, el fiscal y el defensor público o el abogado designado por el estado para representar al acusado. La presencia del presunto perpetrador en la sala se decide caso por caso. Bajo los términos del Código de Procedimiento Penal de Brasil, la autoridad judicial puede determinar que el acusado se retire de la sala si su presencia puede causar humillación, temor o una severa limitación para el testigo o la víctima (Artículo 217). En general, también están presentes en la audiencia los integrantes del equipo responsable de la toma de declaraciones y de la grabación audiovisual (Santos et al., 2013). Todas las partes pueden canalizar sus preguntas a través del entrevistador. En algunos estados los jueces pueden objetar las preguntas que se consideran capciosas para los niños. No obstante, muchos jueces piensan que esta restricción podría resultar contraria al derecho del acusado a repreguntar. Luego el entrevistador toma las preguntas de la sala y las formula en un lenguaje accesible y evitando la revictimización.

La grabación audiovisual y filmación de las entrevistas es práctica común. No obstante, los

procedimientos pueden variar de tribunal en tribunal. En algunos tribunales sólo se graba el audio y en otros se hacen grabaciones de audio y de video. Lo mismo ocurre con las transcripciones. En los tribunales en los que no se transcriben las audiencias se hace un resumen de las declaraciones, que luego es firmado por las partes y archivado en el caso. A su vez, se guarda la entrevista grabada en un sitio seguro en el tribunal y sólo estará accesible para las partes involucradas.

Se pueden señalar muchas diferencias entre este nuevo modelo y la forma tradicional de interrogar a los niños, por ejemplo: en el modelo tradicional los niños son interrogados directamente por las partes en el marco de la formal y solemne atmósfera de los tribunales, frecuentemente a través de preguntas directas que requieren respuestas objetivas y sencillas que, además de revictimizarlos ha demostrado no ser muy productivo. En el momento de prestar testimonio los niños están expuestos a la presencia de varias personas y al conflicto entre las partes. Además, aunque existe una disposición legal, como lo señala César (2014), la gran mayoría de los edificios judiciales no han sido diseñados de manera tal que los testigos de la acusación y de la defensa puedan esperar la audiencia en ambientes separados. De este modo, según el autor, "los acusados y las víctimas frecuentemente se encuentran en los pasillos de los tribunales" (César, 2014, p. 269).

En este artículo presentamos una breve descripción de la evolución del modelo brasileiro utilizado para tomar testimonios especiales, los marcos legales que le sirven de apoyo, algunas observaciones sociológicas sobre las experiencias de toma de testimonio, los principales resultados obtenidos hasta el momento y los desafíos encontrados para difundirlo y consolidarlo en Brasil.

### **Multiplicación de la cantidad de proyectos de testimonio especial en Brasil**

Los primeros dos experimentos con testimonios especiales en Brasil se iniciaron en 2003 en el Segundo Tribunal de Justicia Juvenil de Porto Alegre, la capital del Estado de Rio Grande do Sul en la región sureste del país (César, 2007). A partir de ese momento la cantidad de proyectos nuevos ha aumentado en forma exponencial, pasando de dos en 2003 a 42 en 2011, lo que representa un crecimiento de 430% durante ese período (Santos et al., 2013).

La Recomendación Nº 33/2010 del Consejo Nacional de Justicia puede haber sido un factor decisivo para incrementar la cantidad de proyectos implementados o en curso de implementación en el país (CNJ, 2010).

Para fines de la primera década de 2000 ya se habían puesto en práctica otros 18 proyectos, la mayoría de ellos durante 2006 y 2007, con lo que se totalizaron 20 proyectos implementados en el país para el año 2009 (Santos et al., 2013). Estos números se duplicaron en los años 2010 y 2011. Según estimaciones de la encuesta antes mencionada, hay 78 proyectos en curso (Santos, et al., 2013) y si se confirman todas las expectativas, la cantidad de proyectos puede superar los cien.

### **Marco regulatorio**

Todavía Brasil no cuenta con un marco regulatorio específico que sirva de base para considerar las condiciones especiales de los niños y los adolescentes en la toma de testimonios. Las normas procesales utilizadas para tomar los testimonios de los niños son las mismas que las que se utilizan para los adultos (Dobke, 2001).

Sin embargo, el marco legal para la implementación de los Proyectos de testimonio especial se encuentra en dos conjuntos de leyes circunscriptas en doctrinas legales diferentes, si no antagónicas. Por un lado, se pueden encontrar las bases en las disposiciones anteriores del Código Brasileiro de Procedimiento Penal de 1940, que, a pesar de haber sido considerablemente modificado en la última década, continúa estando centrado en los adultos y circunscripto a la tradición punitiva. Por otro lado, se basa en las normas internacionales emitidas por las Naciones Unidas y ratificadas por Brasil, que tienen un enfoque más proteccionista, reflejando la doctrina de la protección integral y estableciendo nuevos parámetros para la participación de niños y adolescentes en el sistema de justicia, y por la legislación nacional para la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, que también sigue la línea de la doctrina de la protección integral.

Las normas que se aplican para las declaraciones de los testigos en los procesos legales son las mismas que las que se utilizan para tomar declaración a las víctimas, que se las llama "la parte agraviada" en el Código de Procedimiento Penal (Dobke, 2001). Estas normas legales han impuesto lo que se denomina el sistema presidencial, en el cual, de acuerdo con Dobke (2001, p. 48), "es el juez quien preside el acto exclusivamente, haciendo preguntas directas a los testigos o a las víctimas".

El Código Brasileiro de Procedimiento Penal (1941), en su capítulo V "La parte agraviada" dispone que "toda vez que resulte posible" se interrogará a la víctima sobre las circunstancias del delito (art. 201). Si se envía una citación a la víctima o al testigo, deben comparecer ante el juez (art. 201.) pero tienen derecho de mantener el silencio (Brasil, 1941).

El testigo o la víctima tienen derecho de ubicarse en lugares separados antes del inicio de la audiencia y durante el desarrollo de la misma (art. 201). Ellos tienen derecho a una vida privada, a preservar su privacidad, su honor y su imagen. Por este motivo, la autoridad judicial puede decidir que se lleve a cabo el procedimiento bajo las normas de *status judice* (art. 201). Cuando el testigo no habla el idioma nacional tiene derecho a ser asistido por un intérprete para que le traduzca las preguntas y las respuestas (art. 223). Si el tribunal determina que la presencia del acusado puede causar humillación, temor o una limitación significativa a los testigos o a las víctimas y por lo tanto sería inconducente para la veracidad de la declaración, se puede realizar la audiencia por videoconferencia y, si esto fuera imposible, se debería retirar el acusado de la sala y continuar la audiencia en presencia del abogado del acusado (art. 217). A su vez, la Ley 9.099 / 95 dispone la posibilidad de grabar los actos procesales en una cinta magnética o equivalente (Brasil, 1995).

Las normas internacionales establecidas por las Naciones Unidas están reflejando cada vez más las peculiaridades de los niños y adolescentes en el escenario legal brasileño. El Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que los niños deben tener la "oportunidad de ser oídos en cualquier proceso judicial y administrativo" que los afecte (OUNCHR, 1990; Brasil, 1990a).

No obstante, la Resolución 2005/20 (ECOSOC, 2005) constituye el primer conjunto de normas internacionales que especifican los parámetros para la aplicación de metodologías alternativas para escuchar la voz de los niños y ofrece guías para la justicia en asuntos relacionados con niños víctimas y/o testigos de delitos. Además de presentar las definiciones de "proceso y procedimiento legal adaptado a los niños", se refiere específicamente al derecho de "estar protegidos de sufrimientos durante los procedimientos judiciales", y recomienda procedimientos especiales para obtener testimonios de los niños víctimas o testigos de delitos a fin de reducir la cantidad de entrevistas y declaraciones judiciales y contactos innecesarios para el caso, como por ejemplo la utilización de grabaciones de video.

Haciéndose eco de estas normas internacionales a nivel nacional, la Constitución Federal (Brasil, 1988) y la Ley del Niño y el Adolescente (ECA, Brasil 1990b), contienen disposiciones sobre la protección de los derechos del niño y protecciones especiales en caso de que los niños o sus derechos se vean amenazados. La ECA establece explícitamente el derecho de los niños a ser oídos y a participar en todos los actos relacionados con sus vidas, determinando que su opinión debe ser tenida en cuenta por los tribunales (art. 100) (Brasil, 2009). En su artículo

28, § 1, establece que "toda vez que resulte posible" los niños deben ser escuchados por un equipo técnico multidisciplinario y el art. 151 establece las facultades de dichos equipos para asesorar a las autoridades judiciales (Brasil, 1990b).

No obstante, la Recomendación No. 33 del Consejo Nacional de Justicia es la que refleja mejor el contenido de la Resolución ECOSOC 20/2005 en términos de establecer parámetros para un nuevo conjunto de procedimientos de toma de testimonio especial a los niños y adolescentes, concretamente "la implementación de un sistema de testimonios grabados para niños y adolescentes que se deben llevar a cabo en un ambiente separado de las salas de tribunales, con la participación de profesionales especializados en esta práctica". La ley recomienda que los profesionales que se ocupan de tomar declaraciones a los niños reciban capacitación para aplicar las técnicas especiales para tomar testimonios y que los servicios judiciales sean capaces de brindar apoyo a los niños y a sus familias y remisión a los servicios de asistencia, si fuera necesario, antes, durante y después de tomar testimonios especiales (Brasil, 2010).

Esta resolución refleja el nuevo rol asumido por el sistema de justicia, expresado en las iniciativas de los tribunales de los estados para la implementación de ambientes aptos para los niños y adolescentes que actualmente se está aplicando en la mayoría de los estados brasileños. No obstante, es necesario impartir regulaciones específicas para brindar apoyo legal para la universalización del testimonio especial y reducir la cantidad de veces que se toma testimonio a los niños. De acuerdo con la legislación vigente, en el mejor de los casos, los niños tendrán que declarar dos veces: una vez durante la etapa de investigación y luego una vez más en la etapa judicial. Las garantías de los derechos de los acusados a un debido proceso hacen que resulte imposible reducir la cantidad de declaraciones a sólo una, a menos que el representante del niño solicite un régimen de presentación anticipada de pruebas, lo que encuentra la resistencia de algunos sectores, especialmente el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa. En Brasil, el sistema judicial puede aceptar o no la investigación llevada a cabo por la policía y puede incorporar su propia investigación, lo que hace que resulte difícil mantener el testimonio especial limitado a la fase de la investigación policial.

Han habido algunas iniciativas para mejorar la legislación. El proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal incluye disposiciones para declarar la obligatoriedad de que tomen testimonios especiales a los niños o adolescentes víctimas o testigos (Brasil, 1940), (Brasil, 1941),

pero no existen disposiciones para que esto se apruebe a corto plazo.

### **Breves comentarios sociológicos sobre los proyectos de testimonio especial**

Las modalidades de testimonio especial que se están desarrollando en Brasil se han visto influenciadas por tres matrices paradigmáticas: la primera es la experiencia de Argentina con el uso de la tecnología de Cámara Gesell que ha servido de inspiración para la implementación de un proyecto pionero en Rio Grande do Sul, Brasil, en 2003. El proyecto se materializó con la instalación de dos salas especiales para tomar testimonios a los niños (Cézar, 2007; Santos et al., 2013).

Desde entonces se han incorporado otros modelos a la realidad brasilera, tales como el de Inglaterra y el del Centro Nacional para la Defensa de los Niños (NCAC), que ha contribuido especialmente a la composición del modelo brasilero, ambos utilizando televisión por circuito cerrado. Se está adaptando el protocolo de entrevista judicial del NCAC para tomar testimonios en el sistema judicial y debe ser recomendado por el Consejo Judicial Nacional.

Una encuesta realizada por Santos et al. (2013), desde 2003 hasta mediados de 2011 identificó los proyectos de toma de testimonios especiales en 15 de los 26 estados brasileros y el distrito federal. Por lo tanto, pareciera que algo más de la mitad de las Unidades Federativas (estados más el distrito federal) (56%) cuentan con por lo menos un proyecto.

La distribución regional de estos proyectos ofrece un escenario diverso: la mayoría (55%) de los espacios especiales para la toma de testimonios se concentra en la Región Sur. La Región Sureste ocupa el segundo lugar, con 17% de las salas especiales para la toma de testimonios, seguida por la Región Noreste, con 15%; luego le sigue la Región del Medio Oeste con 8% y finalmente la Región Norte con 5% (Santos et al., 2013).

En la mayoría de las 15 unidades federativas en las que se identificó la existencia de salas de audiencias aptas para los niños, había sólo una experiencia en curso (73%), luego le siguen los estados con dos proyectos (13%) y los que están llevando a cabo cinco o más experiencias (7%). El estado de Rio Grande do Sul reúne 22 de los 42 (52%) proyectos existentes en Brasil (Santos et al., 2013).

Los tribunales de menores son las principales sedes institucionales (65%) elegidas para la instalación física de estos proyectos de justicia apta para los niños. Resulta interesante que el porcentaje de proyectos que han optado por la instalación física de este tipo de salas en los organismos de coordinación de los tribunales de menores conectadas con la presidencia de los tribunales es sorprendente 19%.

En algunos estados se han instalado salas especiales en los tribunales de menores (8%). Finalmente, se han implementado algunos proyectos, si bien en números más pequeños, en los cuales se han instalado este tipo de espacios en la División Psicosocial Forense (5%) y en el Centro Integrado para Niños y Adolescentes (3%), ambos dentro de las instalaciones de los tribunales de menores (Santos et al., 2013).

En general, estos proyectos incluyen un número más pequeño de profesionales que llevan a cabo las entrevistas forenses. En 33% de las experiencias se designa sólo un profesional para realizar esta tarea, y en 32% de las respuestas a la encuesta se identificó que se designaba a dos profesionales como responsables de realizar las entrevistas forenses con niños y adolescentes. Un 8% de los encuestados refería que se designaba a un total de tres profesionales para realizar la entrevista, 22% identificaban a cuatro responsables y 11% de los entrevistados refirieron que la entrevista es conducida por un equipo, en tanto 5% de los entrevistados optaron por no dar esta información (Santos et al., 2013).

En la mayoría de los tribunales de justicia identificados por la investigación (43%), los profesionales que llevaban a cabo las entrevistas forenses provenían del campo de la psicología y el trabajo social. En 41% de las experiencias las entrevistas son realizadas sólo por trabajadores sociales. Un 11% de los participantes refiere la presencia de un equipo multidisciplinario en los tribunales de justicia y según estas respuestas, sólo 5% han incorporado la figura del psicólogo como el único profesional a cargo de la entrevista (Santos et al., 2013).

El sistema de circuito cerrado se utiliza ampliamente para grabar la entrevista y permitir que sea observada en las salas de audiencia del tribunal o en salas de audiencia de varios países en los cinco continentes (Santos; Gonçalves, 2009). Según nuestras investigaciones, esta tecnología también fue identificada como el tipo de tecnología más utilizada en los proyectos de testimonio especial en Brasil, con lo que se totalizan 95% de los casos, en tanto el 5% restante refirió utilizar otros tipos de tecnología (Santos et al., 2013).

Aunque CCTV es la tecnología central para la gran mayoría de los proyectos en salas de audiencias /países, los equipos de algunos tribunales estatales han implementado sus proyectos según las condiciones en sus instituciones locales. En el Estado de Rio Grande do Sul, por ejemplo, la única excepción es la ciudad de Vacaria, en la que se utiliza un comunicador de radio tipo walkie-talkie para la transmisión del audio, y TV sólo para transmitir la imagen. En un proyecto llevado a cabo en la ciudad de Abaetetuba, en el Estado de Pará, se utiliza un software para el intercambio de

mensajes instantáneos, sin hacer uso del sistema VoIP (Voz sobre IP) que no permite las filmaciones o comunicación por videoconferencia permitido por este otro software (Santos et al., 2013).

La gran mayoría de las salas/experiencias (92%) en Brasil han adoptado una forma de grabación de audio-video de los testimonios en medios digitales (DVD) y en 3% de ellos sólo se graba el audio. La grabación de la entrevista se archiva en los tribunales de justicia y quedan disponibles para las partes. Sólo 5% de los entrevistados declaró que no utilizan dispositivos electrónicos para grabar y documentar las pruebas recolectadas durante el testimonio especial que se registra por escrito (Santos et al., 2013).

Cuando se les preguntó sobre los protocolos o las técnicas de entrevista utilizadas, 37.8% de los entrevistados indicó que la entrevista cognitiva era la principal opción; 19% describe los pasos de las entrevistas sin mencionar ningún protocolo especial (usando técnicas abiertas, preguntas abiertas y cerradas y juegos) y 19% utilizaban técnicas investigativas o una combinación de modelos de entrevista. Es de señalar que 22% de los entrevistados no respondió esta pregunta (Santos et al., 2013).

### **El impacto del testimonio especial**

La investigación de Santos et al. (2013) examinó las percepciones de los profesionales que conducen estos proyectos en función de sus logros. Las dos conclusiones más importantes fueron: una disminución en los niveles de victimización de niños y adolescentes y un aumento en los niveles de condena de los perpetradores de violencia sexual (Santos et al., 2013).

Los datos indican que cuando se les preguntó si la toma de testimonio especial ayuda a reducir la victimización de los niños, 72% de los participantes respondieron afirmativamente. En el caso de las tasas de condena para los perpetradores de violencia sexual, aunque la mayoría de los experimentos no han proporcionado esta información, un cuarto de los entrevistados refirió porcentajes de 60-100%, con un porcentaje promedio de 60 - 70% (Santos et al., 2013).

De los que respondieron a esta encuesta, 81% manifestó que los niños y los adolescentes usualmente son entrevistados una vez cuando se aplica la metodología del testimonio especial, 13% respondió que, en principio, la entrevista se realiza una vez, aunque pueden haber otras audiencias en la fase previa al juicio, y finalmente 35 dijo que la cantidad de veces es determinada por cada juez.

Esta última respuesta llama la atención, más por el contenido simbólico que por el valor del porcentaje en sí mismo, porque implica cierto autoritarismo del poder judicial que se pone de

manifiesto en la discrecionalidad atribuida al juez (Santos et al., 2013).

Cuando se les preguntó por los principales perpetradores de violencia, la mayoría de los entrevistados (45%) atribuyó la autoría a personas del círculo doméstico del niño y el adolescente, por ejemplo el padre, la madre, el padrastro, la madrastra, un vecino o un tío o tía. En 36% de los casos el presunto perpetrador pertenecía a la red social cercana al niño, como vecinos o conocidos, 3% mencionó a las instituciones de cuidado del niño o maestros y 16% no informaron estos datos (Santos et al., 2013).

Básicamente se ha aplicado la modalidad del testimonio especial en dos tipos de delitos: delitos contra la dignidad sexual y abandono, maltrato o violencia física. El primer grupo, con 61% de las respuestas, comprendía los siguientes delitos sexuales: explotación sexual, abuso sexual, pornografía y corrupción de un menor para fines sexuales. En 16% de las respuestas se citaron delitos tales como maltrato, abandono, amenazas, humillación, violencia física, violencia psicológica y violencia familiar (Santos et al., 2013).

Es interesante señalar que la tasa de condena de los perpetradores de violencia contra los niños y adolescentes mencionada en este estudio es comparable con la de otros estudios (SAFFIOTI, 1999), ya que este aspecto representa un cambio significativo en la rendición de cuentas y la responsabilidad. De los participantes de este estudio, 1% manifestó que el proceso ha resultado en una tasa de condena de sesenta por ciento, 5% informó condenas en setenta por ciento de los casos, 3% refirió que el proceso resultó en ochenta por ciento de condenas y 5% refirió una tasa de condenas de entre 90 y 100%, datos que no registran precedentes para los delitos contra la dignidad sexual. Debemos enfatizar, sin embargo, que 76% de los participantes no respondió a este punto de la encuesta (Santos et al., 2013).

### **Pensamientos finales: una mirada hacia el futuro**

Se han hecho notables avances en un corto período de tiempo:

- (i) el aumento en la cantidad de proyectos sobre la base de la autoadhesión y la recomendación del Consejo Nacional de Justicia ha sido exponencial
- (ii) la mayoría de los proyectos comprenden algún tipo de preparación del niño para prestar testimonio
- (iii) los equipos técnicos de la mayoría de los proyectos reciben capacitación específica para la toma de testimonio especial (Santos et al., 2013).

Además de mejorar la calidad de los servicios, debemos recordar que, para la consolidación de estas prácticas en el sistema

judicial es necesario superar algunos otros desafíos (Santos et al., 2013), tales como:

a) Obtener su institucionalización en los tribunales estatales para evitar interrupciones en caso de que se cambien los jueces que simpatizan con la metodología del testimonio especial.

b) Extender la experiencia a otras ciudades, no solo a las capitales de los estados.

c) Extender las oportunidades de capacitación y asegurar la educación continua. La adopción de nuevos métodos para que los niños y adolescentes hagan oír su voz requiere un cambio cultural, del cual la capacitación es un componente esencial.

d) Aumentar la visibilidad de las experiencias de testimonio especial en las páginas de Internet de las cortes de los estados.

La reducción a un nivel mínimo en la cantidad de declaraciones que debe prestar un niño o un testigo sólo será posible con un cambio de legislación. No obstante, el uso de un protocolo único de entrevistas judiciales puede ayudar a mejorar las entrevistas que se realizan en el sistema judicial.

El testimonio especial no sólo crea un espacio amigable para niños y adolescentes y un conjunto de procedimientos para tomar testimonio, aunque estos dos componentes son elementos esenciales de la metodología. Su objetivo va más allá de la intención de aumentar las tasas de condena de los perpetradores de violencia sexual contra los niños y adolescentes a pesar del hecho de que dichas condenas son necesarias para proteger a los niños y adolescentes, el objetivo primordial.

Sostenemos que el testimonio especial es una nueva filosofía legal que eleva a los niños y adolescentes a la condición de sujetos con derecho a ser oídos. Esto expresa una nueva actitud de la autoridad judicial, buscando complementariedad de sus actividades en forma interdisciplinaria, especialmente a través de la participación en equipos interprofesionales creados específicamente para realizar entrevistas judiciales a niños y adolescentes.

La difusión de las metodologías para testimonios especiales fueron el resultado de la búsqueda de prácticas de no victimización y de modalidades para escuchar a los niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual, con el foco en la protección de niños y adolescentes, a diferencia de la perspectiva centrada en los adultos típica de la cultura tradicional, y la generación de una nueva ética para obtener testimonios caracterizada por la "escucha" en lugar de la "indagación". Esta práctica es precursora de una nueva cultura legal de cumplimiento /adhesión al principio de que los niños y adolescentes son sujetos de derechos.

**Benedito Rodrigues dos Santos**, Universidad Católica de Brasilia

**Itamar Batista Gonçalves**, Childhood Brasil

**Vanessa Viana do Nascimento**, Universidad Nacional de Rosario - Argentina

#### Fuentes

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 33, de 23 de noviembre de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 215, p. 33-34, 25 nov. 2010. Extraído de: <[www.cnj.jus.br/images/portarias/2010/port\\_gp\\_33\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/portarias/2010/port_gp_33_2010.pdf)>.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 15 de octubre de 1988. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

Brasil. Decreto nº 5.007, de 8 de marzo de 2004. promulga o protocolo facultativo à convenção sobre os direitos da criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 mar. 2004. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm)>.

Brasil. Decreto nº 99.710, de 21 de noviembre de 1990. promulga a convenção sobre os direitos da criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1990a. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>.

Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>.

Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de octubre de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julio de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. *diário oficial da união*, Brasília, DF, 13 jul. 1990b. Extraído de: <[www6.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=102414](http://www6.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action?id=102414)>.

Brasil. Lei nº 9.099, de 26 de septiembre de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Extraído de: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>.

Cashmore, J.; De Haas, N. *The use of closed-circuit television for child witnesses in the act*. Sydney: Australian Law Reform Commission, 1992.

Cezar, J. A. D. A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial), in Santos, B. R. at al. *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: Aspectos teóricos e metodológicos*. Brasília, DF: EdUCB, 2014.

Cezar, J. A. D. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Dobke, V. *Abuso sexual: A inquirição das crianças uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre, RS: Ricardo Lenz Editor, 2001.

ECOSOC. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Resolución 2005/20. Directrices sobre justicia para niños víctimas y testigos de delitos. 12 p. Nueva York, 22 de julio de 2005. Extraído de: <[www.un.org/docs/ecosoc/documents/2005/resolutions/resolution%202005-20.pdf](http://www.un.org/docs/ecosoc/documents/2005/resolutions/resolution%202005-20.pdf)>.

## 3OP CRC—¿Avance hacia un mayor acceso a la justicia para los niños?

Pierre-Yves Rosset



El tercer Protocolo Facultativo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante PF3), fue adoptado el 19 de diciembre de 2011 y entró en vigor el 14 de abril de 2014, de acuerdo con las disposiciones de su artículo 19, “tres meses después de la presentación del décimo instrumento de ratificación”. La ratificación de Costa Rica el 14 de enero de 2014 permitió que el Protocolo entrara en vigor<sup>1</sup>, mostrando de este modo la disposición de la comunidad global de elevar “los derechos de los niños al mismo nivel que los de los adultos y [reconocer] que los niños también tienen derecho de recurrir a un mecanismo internacional, del mismo modo que los adultos”<sup>2</sup>. El PF3 puede ser considerado un instrumento legal “revolucionario”, no por ser innovador, ya que se ha anexado a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “la CDN”) en forma relativamente tardía, sino porque da a los niños la capacidad de hacer valer sus derechos a nivel internacional, permitiéndoles ser protagonistas del proceso.

Por lo tanto, resulta legítimo preguntarse sobre los fundamentos, la naturaleza y el contenido de este Protocolo. ¿De qué manera este instrumento legal representa un valor agregado en el marco de la protección de los derechos del niño? ¿Qué riesgos y desafíos presentará su aplicación<sup>3</sup>?

<sup>1</sup> Hasta la fecha, 14 Estados han ratificado el PF3 (Albania, Alemania, Andorra, Bélgica, Bolivia, Costa Rica, España, Gabon, Irlanda, Mónaco, Montenegro, Portugal, Eslovaquia y Tailandia).

<sup>2</sup> Gaceta de prensa de Defensa de los Niños Internacional (DNI) Bélgica, sección francófona. *Les ONG de défense des droits de l'enfant accueillent avec satisfaction la décision de l'ONU de créer une voie de recours internationale pour les enfants*, 19 de diciembre de 2001, [www.defensedesenfants.be](http://www.defensedesenfants.be)

<sup>3</sup> Ejemplos concretos de las leyes belgas y francesas ilustrarán los efectos esperados del PF3 después de su

### El fundamento del PF3

Hasta la entrada en vigor del protocolo, el Comité sobre los Derechos del Niño era el único órgano de tratados de Derechos Humanos que no establecía un mecanismo individual para presentación de denuncias, lo que legítimamente plantea preguntas. Una de las razones es la renuencia de los Estados a dar una voz (y medios) a los menores para que puedan defender sus derechos de la misma forma que los adultos. La cuestión de la veracidad y la confiabilidad de lo que dicen los niños siempre ha estado en el centro del problema. Además, el concepto de “discernimiento”, o sea, la capacidad de formarse un punto de vista, que es un concepto central para la Convención, plantea temores por la falta de comprensión de la realidad legal en la aplicación de los derechos del niño. Más aún, el concepto de interés superior del niño implica una primacía de los derechos del niño por sobre los de los adultos, lo que podría conducir a creer que, en términos de denuncias, no se observaría el principio de “igualdad de condiciones”. Sin embargo, el mecanismo de denuncias del PF3 cumple cabalmente con las salvaguardas procesales que generalmente se incluyen en los mecanismos de denuncias. Además, se debe señalar que los derechos de los niños son una parte indivisible de los derechos humanos y coexisten con los derechos de los adultos. No es necesario aclarar que el PF3 es una garantía extra de protección de los derechos del niño y de ninguna manera significa una nueva etapa hacia el reconocimiento de una categoría de “*enfant roi*” (niños consentidos)<sup>4</sup>. El mecanismo de denuncias propone una solución al ineficiente mecanismo existente para la presentación de denuncias<sup>5</sup> y satisface la necesidad de “capacitación” del menor para ejercer sus derechos.

### El proceso de ratificación

El PF3 pone a disposición de los niños dos nuevos mecanismos para protestar contra las violaciones de sus derechos por parte del Estado.

implementación en los sistemas nacionales de los Estados Parte.

<sup>4</sup> Este término se define en el contexto de la idea generalizada preconcebida de que los derechos de los niños no estarían sujetos a limitación alguna y entrarían en conflicto con los derechos de los adultos. Se debería tener en cuenta que, si bien la CDN sólo se refiere a derechos, esto no significa que los niños están exentos de obligaciones.

<sup>5</sup> El carácter no vinculante de las recomendaciones del Comité, así como la omnipresencia de una “falta de claridad judicial” que sólo los Estados pueden limitar en función de sus prioridades y capacidades (estructurales, institucionales y financieras en particular) son algunas de las causas de la falta de efectividad de los sistemas de denuncias.

Este nuevo tratado internacional crea, por un lado, un procedimiento de comunicación y, por el otro, un procedimiento de investigación de violaciones graves<sup>6</sup>.

El primero dispone que un niño o sus representantes pueden presentar denuncias de violaciones a sus derechos ante el Comité de los Derechos del Niño de la ONU si el niño considera que no pudo obtener una resolución de su caso ante la justicia nacional.

El segundo procedimiento otorga competencia al Comité para tomar la iniciativa de analizar las denuncias que haya recibido por violaciones graves o sistemáticas de los derechos del niño. En la práctica, sirve como medio para superar la ausencia de mecanismos colectivos de reparación (que no se incorporaron en el momento de adopción del PF3). Este procedimiento de investigación, diseñado en virtud del artículo 13 del PF3, podría dar al Comité la oportunidad de abordar un problema de gran escala<sup>7</sup>. Además, el segundo punto del artículo 13 faculta al Comité a designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y presenten un informe con carácter urgente. La investigación tendrá carácter confidencial, y se promueve la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento. Gracias a este mecanismo, uno puede deducir el alcance de las competencias del Comité que ha dado pruebas de mejorar su espacio de maniobra. No obstante, los Estados pueden optar por retirar su reconocimiento a la competencia del Comité en este sentido, en otras palabras, pueden declarar que no desean ratificar el mecanismo de investigación si no quieren que se les aplique.

La flexibilidad del procedimiento antes mencionado<sup>8</sup> permite algún grado de colaboración entre los intereses de los Estados y los del Comité y, a través del último, entre todos los defensores de los derechos del niño. Ahora puede resultar relevante examinar el criterio de admisibilidad dispuesto por el PF3 y determinar los potenciales impedimentos que se podrían presentar a un procedimiento adaptado a los niños.

### El criterio de admisibilidad

Estas condiciones se formulan en el artículo 7 del PF3. En primer lugar se deberían responder

<sup>6</sup> El artículo 12 del PF3 establece un mecanismo para comunicaciones entre estados. Este procedimiento requiere una ratificación especial (*opt-in*), o sea que el Estado en cuestión, además de ratificar el Protocolo, debe aceptar expresamente la implementación del mecanismo de comunicación entre Estados.

<sup>7</sup> El término "violaciones serias o sistemáticas" se refiere a una situación de hecho que podría afectar a una gran cantidad de niños.

<sup>8</sup> Este proceso también puede reducir considerablemente el alcance del Protocolo.

cuatro preguntas básicas: ¿quién?, ¿qué?, ¿cómo? y ¿dónde? Este mecanismo de denuncias afecta al niño víctima o a su representante, siempre que el último actúe con el consentimiento del niño (a menos que esto resulte imposible). Esta comunicación puede relacionarse con cualquier violación de una disposición de la CDN o de sus protocolos siempre que el Estado en cuestión los haya ratificado y que el Comité aún no haya examinado las mismas preguntas como parte de otra investigación o procedimiento internacional. Se debe presentar una denuncia escrita, no anónima por una violación que haya ocurrido después de la implementación del PF3 (salvo en caso de violación continuada) y esto una vez agotados los recursos a nivel nacional (sujeto a excepciones) y dentro del año calendario de la violación al derecho en cuestión. Finalmente, este procedimiento queda exclusivamente dentro de las competencias del Comité de los Derechos del Niño.

Resultaría apropiado preguntarse sobre la capacidad de un menor para agotar los recursos nacionales. En este sentido, el PF3 dispone "*salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o que sea improbable que con ellos se logre una reparación efectiva*"<sup>9</sup>. Parecería legítimo que el Comité tenga cierta flexibilidad en este sentido para maximizar la protección de los derechos de los niños. Sin embargo, ¿en qué medida mostrará flexibilidad el Comité?

### La incapacidad legal del niño

No es necesario decir que el criterio de agotar los recursos internos disponibles constituye un gran obstáculo en lo que respecta al acceso de los niños a la justicia. Este análisis introduce el concepto de la incapacidad legal del menor, que representa un freno en todos los procesos judiciales y cuasi judiciales que están a "disposición" de los menores. Los niños son vulnerables a causa de su falta de discernimiento y experiencia. Por este motivo, la ley trata de protegerlos exigiendo que estén representados en cualquier acto legal que los involucre. No obstante, rara vez la ley dispone la hipótesis de acuerdo con la cual este principio fracasaría. Sin embargo, el niño frecuentemente es la principal víctima de un entorno familiar que se deteriora, de un divorcio o de un padre o una madre que no cumplen con sus deberes primarios: garantizar que el niño goce de seguridad física, moral y emocional de modo de preservar su interés superior y posibilitar su autosuperación. La mayoría de los sistemas de justicia consideran que los menores son incapaces y quedan sujetos a la responsabilidad parental para disponer sobre ellos y sobre sus pertenencias<sup>10</sup>. Por lo tanto, el

<sup>9</sup> Artículo 7 inciso "e" del PF3.

<sup>10</sup> Artículo 372, Código Civil de Bélgica.

niño depende de sus padres para realizar actos legales, tener acceso a la justicia y comparecer en un juicio. Un menor puede hacer oír su voz en cualquier procedimiento que lo afecte<sup>11</sup>, pero este derecho de ninguna manera le confiere el carácter de parte del proceso.

La incapacidad legal del menor en términos de juicios generalmente es justificada por el hecho de que “el menor no es capaz, a causa de su edad, de entender la importancia de la decisión de realizar acciones legales”<sup>12</sup>. Este argumento parece ser totalmente legítimo si se toma en cuenta que, por la misma razón, el menor no puede en principio ser juzgado tan “severamente” como un adulto. No obstante, esta sobreprotección podría causar efectos dañinos y no sería especulativo sostener que podría representar un enfoque paternalista con la potencial repercusión de asfixiar libertades. El temor de debilitar la responsabilidad parental, al igual que el del reconocimiento de un estatus de “*enfant-roi*”, todavía tienen mucho peso.

Aunque la incapacidad legal del menor es prácticamente absoluta según la mayoría de las leyes, existen algunas excepciones introducidas por la jurisprudencia<sup>13</sup>. En varios casos, los tribunales han determinado que los menores pueden actuar por sí mismos, en términos judiciales, sin estar representados por sus padres. No obstante, esta posibilidad está sujeta a tres condiciones: que exista un conflicto de intereses entre el menor y sus padres, que el menor tenga suficiente capacidad como para formar sus propios puntos de vista, y que la naturaleza del juicio se caracterice por la absoluta necesidad de recibir pago de alimentos<sup>14</sup> o asistencia social. Por ejemplo, en numerosas ocasiones se ha declarado la admisibilidad de una acción presentada por un menor no emancipado en diversas jurisdicciones en Bélgica<sup>15</sup> y Francia<sup>16</sup>. Esta jurisprudencia acepta que los menores son capaces de tomar acciones de protección y, por lo tanto, reconoce el derecho de un menor de iniciar acciones legales ante el “*Juge des Référé*” (juez a cargo de medidas provisionales). De este modo, la incapacidad legal de un menor puede ser

considerada un obstáculo “eludible” en un caso de emergencia y una violación inminente y real de los derechos fundamentales del menor. No obstante, el juez no decide sobre el fondo de la disputa y, por lo tanto, la capacidad de llevar a cabo acciones de protección no permite agotar los recursos internos.

Se debería señalar que la capacidad legal del menor continúa siendo limitada y dependiente de evaluaciones subjetivas; por lo tanto se deben plantear algunas cuestiones relativas a la implementación del PF3. Se podrían considerar dos alternativas<sup>17</sup> para superar esta incapacidad legal. Una solución podría ser proporcionada por los Estados. La otra podría ser iniciada por el Comité de los Derechos del Niño. Los Estados que han ratificado el Protocolo Facultativo de la CDN se han comprometido a implementar recursos efectivos para los menores. Por lo tanto, será tarea de los legisladores tomar medidas, no reconocer la capacidad legal general de un menor (que no beneficiaría al menor y hasta podría ponerlo en peligro), sino proporcionarle más flexibilidad respecto de la posición adoptada por su jurisdicción, notablemente, cuando emite una sentencia sobre la admisibilidad de la apelación de un menor. Las medidas legales deberían, por ejemplo, permitir un acuerdo de derogación en caso de conflicto de intereses entre el niño y sus padres<sup>18</sup>. El grado de madurez y discernimiento de un niño debe ser tomado en cuenta más frecuentemente a fin de dar al niño la oportunidad de ser parte del proceso (con la asistencia de un abogado). Además, los procesos que involucran a niños deben ser más cortos. Las decisiones antes mencionadas demuestran que con mucha frecuencia el “*Juge des Référé*” interviene a fin de preservar los intereses del menor, que podrían verse perjudicados por el hecho de que el proceso sea prolongado y complejo. Aunque los límites de tiempo frecuentemente se ajustan para los menores, principalmente en términos de prescripciones<sup>19</sup>, las leyes todavía no están armonizadas con las decisiones del CDN. Por este motivo, los Estados Parte del PF3 deberían mejorar el acceso de los menores a la justicia y a la vez tomar medidas concretas y efectivas apoyadas por planes de acción. Por otro lado, la tarea de los gobiernos es trabajar para implementar mecanismos de prevención (ayudando a las familias y aplicando medidas de cooperación y asistencia social) y, desde un punto de vista correctivo/coercitivo, para forjar un sistema de justicia más efectivo que permita que los menores accedan a la justicia sin perderse en

<sup>11</sup> Artículo 12 de la CDN.

<sup>12</sup> Tribunal Juvenil. Antwerp, 14 de abril de 1994, JDJ, N° 147, Septiembre de 1995, p. 322.

<sup>13</sup> La jurisprudencia en Bélgica y Francia contiene ejemplos de tales excepciones.

<sup>14</sup> Civ. Tribunal de Ghent (Ref.), 16 de mayo de 2002, JDJ, N° 228, oct. 2003, p. 35. Una menor de 17 años, después de haber sido expulsada del hogar familiar por su padre, lo demanda por alimentos para satisfacer sus necesidades vitales.

<sup>15</sup> Civ. Tribunal de Namur (Ref.), 19 de junio de 1987, J&D, *autonomie du mineur et droits sociaux*, enero de 2014, p.450. Civ. Tribunal de Liège (Ref.), 8 de julio de 1986, J&D, *autonomie du mineur et droits sociaux*, enero de 2014, p. 449. Liège Juv. Tribunal Juvenil, 11 de febrero de 1997, J&D, *autonomie du mineur et droits sociaux*, enero de 2014, p.444.

<sup>16</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Juez Interino, 12 de marzo de 2014, 375956, §3.

<sup>17</sup> No se trata de tomar un enfoque exhaustivo sino más bien prospectivo.

<sup>18</sup> Y/o la posibilidad de designar un representante legal sustituto, como un tutor “*ad hoc*”.

<sup>19</sup> Por ejemplo, la legislación penal francesa dispone que, en caso de abuso sexual grave de un menor, el menor puede presentar una acusación hasta los 38 años de edad.

los vericuetos de un sistema legal que no está adaptado a los niños.

En cuanto al Comité de los Derechos del Niño, puede optar por un cierto grado de flexibilidad en términos de admisibilidad y, especialmente, en términos de agotamiento de los recursos internos. El verdadero desafío es interpretar esta condición. El artículo 7 del PF3 establece que esta norma no se aplica si “la tramitación de esos recursos se prolonga injustificadamente o si es improbable que con ellos se logre una reparación efectiva”. No hace falta aclarar que los términos “injustificadamente” o “improbable” podrían dar lugar a escepticismo y especulación. ¿Qué quiere decir el Comité con “agotar los recursos internos”? ¿Los niños que han intentado todo sin acceder a una jurisdicción que determine los méritos lograrán que el Comité considere que su apelación es admisible? Pareciera que el uso de la palabra “improbable” representa una apertura a la que podrían acceder los defensores de los derechos para maximizar las probabilidades de que los intereses del niño sean protegidos o por lo menos tomados en cuenta. Además, parece lógico y pragmático que el Comité adopte una posición más clemente respecto de los criterios de admisibilidad en casos que se relacionan con una violación grave de los derechos de los niños y que evalúe cada apelación caso por caso a fin de dar a los menores todas las posibilidades de hacer valer sus derechos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que clemencia no es sinónimo de negligencia. El Comité, a fin de no perder su credibilidad, no debe ocultar estos criterios de admisibilidad y debe, a través de su “jurisprudencia”, adoptar una posición judicial clara.

### Alcance esperado y relevancia del PF3

El PF3 agrega otro bloque al edificio que trata de optimizar las garantías ofrecidas a los niños para que puedan hacer valer sus derechos. Su implementación va a estar en la raíz de las obligaciones positivas que les corresponden a los Estados, y a la vez representará nuevos desafíos para los profesionales del derecho.

La incapacidad legal del menor, que ilustra su falta de independencia ante los tribunales, pone de manifiesto que los menores no tienen un rol verdaderamente activo en el ejercicio de sus derechos y que el sistema de justicia suele ser un espacio de frustración. La duración y complejidad de los procedimientos<sup>20</sup>, la solemnidad de los actores y espacios, reducen la justicia a una mera pantomima social en la que los niños no pueden encontrar sus puntos de referencia. Por lo tanto, la mayor parte del tiempo, los niños que esperan ser escuchados sólo se sentirán frustrados sin llegar a entender la situación. Por este motivo, los

<sup>20</sup> Se debe tener en cuenta que los niños tienen una percepción del tiempo distinta de la de los adultos.

Estados deben trabajar para mejorar la redacción del texto de la ley, evitando las ambigüedades y utilizando un lenguaje comprensible y apto para los niños. Los niños deben ser informados permanentemente y conocer la existencia de sus derechos y de los recursos que tienen disponibles para poder oponerse a los abusos y violaciones de sus derechos fundamentales. Los Estados también deben trabajar para implementar estructuras adaptables a las necesidades de los niños. El acceso a abogados y la capacitación y especialización de todas las partes que trabajan con niños son desafíos que deben ser abordados para evolucionar hacia un sistema de justicia apto para los niños<sup>21</sup>.

Además, la complementariedad de los mecanismos de protección de los derechos de los niños plantea problemas estratégicos. Por ejemplo, “complementario” podría ser sinónimo de pérdida de la efectividad. Los abogados deberán tomar una opción estratégica verdaderamente difícil, que planteará preguntas. ¿Por qué órgano de protección de los derechos humanos, por qué recurso deberíamos optar<sup>22</sup>? ¿Qué procedimiento sería el menos difícil para un menor? ¿Qué convención sería la que brinda mayor protección en cada situación específica a determinado niño? Además, es legítimo preguntarse sobre el alcance legal de las decisiones que tomará el Comité en el marco de este procedimiento de comunicaciones individuales. Una vez que se determina que la apelación es inadmisibile, el Comité tiene dos opciones. Puede resolver una comunicación por vía de una solución amigable<sup>23</sup> o puede decidir sobre las presuntas violaciones a través de recomendaciones. Aunque los Estados mediante la ratificación de este protocolo reconocen la competencia del Comité para decidir sobre las denuncias individuales y reconocen su facultad para ejecutar sus decisiones, se podrían presentar algunos cuestionamientos a causa de su carácter cuasi judicial. Frente a una potencial “deficiencia” de la facultad ejecutora del Comité, ¿no sería mejor presentar las acciones ante la CEDH?

<sup>21</sup> Especialmente incorporando en la legislación nacional todas las normas referidas a un sistema de justicia apto para los niños: Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores* adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990; la *Guía sobre la Justicia en Cuestiones que involucran a Niños Víctimas y Testigos de Delitos*, adoptada por la Comisión Económica y Social de la ONU en su Resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005; la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño; y las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia favorable a los niños*, adoptada el 17 de noviembre de 2010.

<sup>22</sup> Notablemente, los menores pueden actuar ante la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño.

<sup>23</sup> Artículo 9 del PF3.

La jurisdicción de Estrasburgo, por ejemplo, tiene una fuerza vinculante casi indiscutible. No obstante, uno debería preguntarse si presentar un caso ante la CEDH resulta más favorable para los niños. Aunque la Corte ha hecho esfuerzos para estandarizar y simplificar su procedimiento de presentación de peticiones<sup>24</sup>, este continúa siendo complejo. Los casos que involucran a niños deben en principio ser tramitados en forma expeditiva. En este sentido, es legítimo preguntarse si el interés del niño sigue siendo el mismo cuando la decisión y luego su aplicación tienen lugar varios años después de cometida la violación. Por lo tanto, se debe considerar la necesidad de mejorar el tratamiento de estas apelaciones, ya que en la práctica no son tratadas como prioridad, en tanto se establece que el Comité de los Derechos del Niño, en virtud del artículo 10 del PF3, “[...] examinará las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo con la mayor celeridad posible [...]”. Además, el artículo 8 del PF3, referido a la transmisión de las comunicaciones, dispone que los Estados, a través de declaraciones en las que aclararán qué medidas correctivas han tomado, presentarán su respuesta al Comité “a la mayor brevedad y dentro de un plazo de seis meses”<sup>25</sup>. Por lo tanto el procedimiento ante el Comité trata de promover que los Estados brinden una respuesta más rápida que en otros procedimientos de comunicación. Además, se debería subrayar que el artículo 11 del PF3 establece que “El Estado parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones, y le enviará una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité”.

Por lo tanto, se podría concluir que se presenta al procedimiento ante el Comité de los Derechos del Niño como un procedimiento adaptado a los niños y que el verdadero control se pone en práctica para maximizar la efectividad del mecanismo individual de comunicaciones que abre una avenida de reparación (compensación, restauración) del daño sufrido por el niño que dio lugar a la denuncia si se ha detectado una violación de sus derechos y libertades fundamentales.

### Conclusión

En conclusión, la flexibilidad y efectividad posibilitadas por la regulación del procedimiento del Comité con respecto al tratamiento de las denuncias presentadas por menores son factores que explican por qué el Comité de los Derechos del Niño es hasta la fecha el órgano más capaz de afirmar los derechos de los niños tomando en cuenta su interés superior y su situación específica a la luz de la CDN. El PF3 representa un nuevo impulso para la protección de los derechos del niño. Aunque sigue habiendo muchos desafíos por superar, este Protocolo, que ha contado con mucho apoyo de la sociedad civil, puede sonar como el golpe de gracia de la inercia de los Estados en términos de acceso de los niños a la justicia. De ahora en más, se plantearán numerosos debates. La información debe circular a fin de optimizar la efectividad de este nuevo Protocolo. Los Estados deben reforzar sus recursos internos y aplicar las directrices sobre una justicia adaptada a los niños. Es crucial que tomen conciencia de que el PF3 no es solo un mecanismo más sino un instrumento de "habilitación" que los menores pueden utilizar para afirmar sus derechos. Tienen la responsabilidad de ratificar este Protocolo para poder materializar los compromisos asumidos al ratificar la CDN. Es una “declaración de fe”, de los Estados que reafirman su disposición a reconocer a los niños como sujetos de derecho. El PF3 representa la piedra angular del sistema de protección de los derechos de los niños, así como de los derechos humanos, garantizando de esta manera la preeminencia de los derechos. Su implementación es un paso más hacia el advenimiento del estado de derecho que habilitará a una dimensión más exitosa de la democracia, dando significado al principio de la participación.

**Pierre-Yves Rosset** interno DNI Bélgica

### Extracto de

*Le troisième protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications individuelles – De la nécessité de ratifier un instrument ouvrant la voie à l'effectivité des droits, septembre de 2014*

a ser publicado en [www.defensedesenfants.be](http://www.defensedesenfants.be) por Pierre-Yves ROSSET.

<sup>24</sup> Presentar una petición sin pagar tasa de tramitación, simplemente por correo.

<sup>25</sup> Artículo 8 inciso 2 del PF3.

## Go de Nuit - niñas de la noche: la voz de las jóvenes de Abiyán, Costa de Marfil

Rosalie Billaut y Eliane de Latour



Rosalie Billaut



Eliane de Latour

En Abiyán, Costa de Marfil, una cantidad cada vez mayor de niñas y jóvenes de 10 a 25 años ejercen prostitución de nivel inferior. Cobran de uno a dos euros (€1-2) por encuentro, lo que las coloca en el nivel más bajo en la jerarquía de las trabajadoras sexuales en el ghetto. Recurren a donde recurren en busca de ayuda, son tratadas con desprecio. Para sus familias, que deberían ser su primera fuente de protección y apoyo, están 'demasiado perdidas'; la sociedad las ve como 'maleantes' y 'pobres miserables' más que como víctimas de explotación y violencia; y para las entidades benéficas que deberían asistirles son 'insalvables'.

Mediante su trabajo antropológico *Abiyán: la juventud invisible (Abidjan— the invisible youth)* y su exhibición *Abiyán: bellezas olvidadas (Abidjan— forgotten beauties)*, Eliane de Latour les ha dado voz a estas jóvenes desoídas. A través de las imágenes que produjo Latour, las comúnmente llamadas 'go' pudieron verse a sí mismas como personas bellas y valiosas. Por primera vez, reemplazaron el desprecio que reciben de la sociedad con una autoimagen positiva. Después del éxito inicial del proyecto fotográfico, algunas de las jóvenes aceptaron participar en un programa de reinserción social. Este proyecto las ayudó a volver a cumplir un rol satisfactorio en la sociedad, continuar su educación y empezar a recibir una remuneración en una ocupación de su propia elección.

La ruptura familiar es común en los entornos en que la inseguridad política y económica es una realidad siempre presente. Cuando estallan conflictos violentos, las niñas y adolescentes se encuentran entre las principales víctimas. En Costa de Marfil, esta realidad ha empeorado durante las guerras cíclicas de las últimas décadas<sup>1</sup>.

Después de la separación de Costa de Marfil en 2002, el desplazamiento masivo de la población hizo que muchas jóvenes de las regiones centrales y noroccidentales buscaran una nueva vida en los centros económicos del sur para no quedarse atascadas en los ghettos. Desde entonces, otras jóvenes se han unido a pequeñas pandillas de *fraichenies* ('carne fresca'). La mayoría de las jóvenes pertenecen a familias musulmanas, desplazadas o destruidas durante el conflicto y sus repercusiones. Son analfabetas, no tienen documentos de identidad y a menudo carecen de certificado de nacimiento. Junto con jóvenes de la misma edad, a menudo involucrados en el tráfico de drogas y fraudes de pequeña escala, se ganan la vida a duras penas marginadas de la sociedad.

### Prostitución

La tarifa de las go va de 1.000 a 1.500 francos CFA (aproximadamente de €1,50 a €2,00) por encuentro, y por solamente unos francos más, aceptan tener sexo sin protección. Al cobrar tan poco, han socavado el mercado de la prostitución callejera. Las prostitutas 'profesionales', cuyas tarifas son mucho más altas, consideran a las 'fraichenies' una amenaza para su negocio y las desdennan. Sin embargo, a pesar de operar en el nivel más bajo de las redes de prostitución, pueden ganar por día lo mismo que ganan en una semana las jóvenes que trabajan en el mercado vendiendo naranjas, sachets de agua o medicamentos vencidos.

*Tata: Tuve mi primer cliente a los 12 años. No había tenido relaciones antes.*

Pero a diferencia de las vendedoras, a las 'go' les disgusta hacer lo que hacen para subsistir. Se describen a sí mismas como delincuentes,

---

electorales que ha experimentado el país exacerbaron las inequidades y vulnerabilidades de género [...]. Los estudios y las encuestas han demostrado que la mayoría de las sobrevivientes [de violencia de género en Costa de Marfil] son niñas y mujeres. Por ejemplo, entre 2011 y 2013, del 97 al 99% de los sobrevivientes entrevistados eran mujeres.

<sup>1</sup> Ver por ejemplo el resumen del trabajo: 'A national Strategy to counter gender-based violence in Ivory Coast', de septiembre de 2014: 'Además, las crisis sociopolíticas y post-

lamentables, repugnantes: una imagen que sus proxenetas' les hacen creer para mantener el control sobre ellas. En estas circunstancias, los jóvenes del ghetto viven en una infelicidad que se auto-perpetúa, y ninguno sabe cómo escapar; al igual que sus jóvenes, sexualmente frustrados y también pobres clientes y sus proxenetas-novios, a quienes responden y con quienes comparten sus ganancias. Esta generación de niñas y niños se encuentra en una espiral de miseria.

*Aicha: Si no hay clientes, digo 'mamadas de pie por 200', pero si se me acerca un cliente, le digo que el costo es 1.000.*

Las niñas no están incorporadas a ninguna red de prostitución oficial ni trabajan para proxenetas organizados que podrían evitar que abandonen el área. Tienen libertad de movimiento, pero también son altamente vulnerables. Las niñas están constantemente trasladándose dentro de los pueblos o de pueblo en pueblo a causa de delincuentes de poca monta, hechos de violencia, la policía y a veces simplemente por inquietud. A menudo desaparecen y se esconden, en algunos casos por varios meses, lo que se conoce como 'lôgôdougou', que significa que escapan cuando se sienten amenazadas.



### Nómadas urbanas

Las 'go de ghettos' viven en grupos permeables, que no tienen un territorio claramente delimitado y se caracterizan por lo imprevisible de sus movimientos. Esencialmente, son nómadas urbanas, cuando no pueden negociar que el gerente de un *hôtel de passé* les rente una habitación, duermen en construcciones precarias llamadas *entré-couché*<sup>2</sup>.

Otras viven con un proxeneta-propietario que actúa como una suerte de figura paterna que las explota sexualmente, garantizándoles la supervivencia básica a cambio de la ganancia que hace por alquilarles su espacio a los clientes. Este escenario a menudo se aplica a las go más pequeñas, de aproximadamente 10 años. Se trata de niñas que se han escapado o han sido expulsadas de su familia y tienen una necesidad desesperada de protección. Estos lugares tienen condiciones deplorables, por ejemplo, carecen de sanitarios y de agua corriente.

*Ami: En el mercado de Gouro dormíamos en nuestras sarongs o sobre cajas de cartón en frente de las tiendas libanesas. A las dos de la mañana, el vigilante venía a cobrarnos. Una vez le dije que no tenía 100 CFA, así que me dijo que me tenía que ir. Luego vino un hombre con 1.000 CFA y me dijo que fuera a dormir con él.*

### Parias

Las 'go' caen fuera de las redes de seguridad social. En parte esto se debe a que evitan acercarse a cualquier persona que tenga aspecto de ser una autoridad. Más significativamente, tienden a ser marginadas por las organizaciones que deberían encargarse de apoyarlas; lo más frecuente es que las 'go' provoquen miedo en lugar de compasión. En sus propias palabras, la sociedad las ve como personas 'sucias, enfermas, deshonestas, ladronas, delincuentes, inestables, fuera de control, peligrosas y violentas'.

*Gbiki: He tomado riesgos, he tomado riesgos. Me dije a mí misma que era la única forma en que podría protegerme, alimentarme y mantenerme en pie.*

La motivación de las go para salir del ghetto no se basa principalmente en la necesidad económica. Más que nada, se sienten profundamente avergonzadas de sus vidas y quieren desesperadamente recuperar el sentido de respeto por sí mismas, por sus niños y ser respetadas por quienes las rodean.

*Tatiana: Me siento avergonzada de mí. Me veo como algo que está mal; cuando me miro, lo que veo es una puta parada en la calle.*

<sup>2</sup> Chozas de madera situadas en las áreas más pobres que se usan para dormir. El alquiler es de aproximadamente 6 a 8.000 francos CFA por mes (de €9 a 12), frecuentemente mayor.

### **Rupturas familiares**

Estas niñas no están preparadas para ceder ni una pulgada de la autonomía que han ganado viviendo de sus cuerpos en las calles. En la mayoría de los casos, la motivación que tuvieron para abandonar a sus familias era independizarse de la autoridad que se les imponía por ser niñas, a menudo en la forma de violencia severa. Más allá de la fuerte reprobación de la sociedad, quieren continuar manejándose independientemente y que nadie más les diga lo que tienen que hacer. Para poder llegar a estas niñas, primero debemos comprender y reconocer su búsqueda de libertad y dignidad.

*Rama: Mi mamá me dijo que nunca vuelva a pisar su casa, aunque ella se estuviera muriendo de hambre. Preferiría morirse antes que verme otra vez.*

### **Enfermedades y embarazo precoz**

Para quienes crecen en la calle, la idea de higiene y limpieza es rudimentaria y hay suciedad en todos lados. Para lavarse, usan las duchas públicas, porque les evita tener que buscar agua o tener que limpiar después de ducharse. Dado que no tienen medios para comprar medicamentos y tienen muy poca información sobre el cuidado de la salud, estas niñas tienden a usar medicamentos tradicionales. Algunos ayudan, pero también hay tratamientos que son muy perjudiciales. Los embarazos precoces son muy frecuentes, sean deseados o no, y el aborto, que es ilegal en Costa de Marfil, puede resultar fatal. En los ghettos donde viven, las niñas tienen poco acceso a información sobre anticonceptivos, tratamientos, planificación familiar y legado, que solo está disponible en algunas clínicas por un precio de 40.000 a 100.000 francos CFA (€60 a €150). A pesar de su desesperación, las niñas a menudo ven el nacimiento de un niño como algo positivo: una forma de perpetuar su memoria, evitar una muerte violenta y también de prever un medio de subsistencia para su vejez. Según su comprensión de la femineidad, las mujeres se definen por procrear. Las *go* sienten que convertirse en madres es un paso hacia una vida normal.

*Kanté: El niño me dirá 'mami, mami'. Incluso aunque no me ayude, incluso aunque me muera, cuando lo vean dirán 'Este es el hijo de Kanté'. Será como si todavía estuviera viva.*

### **Prospectos de un futuro mejor**

Pocas niñas logran cumplir sus sueños en el ghetto. Como mucho, abandonan el ghetto para seguir a un 'novio', pero eso implica ser dependientes y, por lo tanto, una existencia precaria.

Para ayudarlas a reconstruir su vida, es necesario integrarlas al mundo laboral con un puesto de trabajo u otro medio para generar ingresos y ayudarlas a obtener eventualmente un título. Pero no es fácil lograrlo. Los servicios sociales locales

y también los servicios humanitarios internacionales tienden a considerar que estas niñas están fuera del alcance de sus programas y capacidades. Hasta ahora, la única pequeña esperanza de futuro que han tenido estas niñas era usar su propia voz y su voluntad de escapar.

*Bijou: No quiero volver atrás; yo pienso en el futuro.*

### **Beneficiarios vulnerables por fuera de la nomenclatura profesional**

Las ONG locales ven a estas niñas como una causa imposible o incluso como una molestia. Son consideradas demasiado complicadas para ser reintegradas a la sociedad y, por lo tanto, no representan un uso 'eficiente' de los recursos. En otras instancias, son vistas como una carga para el trabajo y los resultados de las ONG, medidos en términos de cuerpos 'rescatados', medicamentos proporcionados o cantidades de material brindado. Los problemas únicos de estas niñas, si alguna vez son percibidos por las ONG, son ignorados. En lugar de abordar sus problemas en forma específica, son agrupadas con otros beneficiarios, dado que su situación no se ajusta exactamente a una sola de las categorías de intervención humanitaria que se focalizan en las mujeres jóvenes, la violencia de género, el SIDA, y la educación o ayuda para niños de la calle. Sin embargo, en realidad, sus vidas y necesidades no pueden ser comprendidas o abordadas tan simplemente.

En las salas de conferencia internacionales y nacionales en las que se deciden las políticas sociales, estas categorías de ayuda son estandarizadas y a menudo compiten entre ellas por mayor prioridad, lo que se debe a veces más a la presión del lobby que a un análisis serio. Como resultado, las '*go de ghetto*' son pobremente identificadas y permanecen fuera de los programas de ayuda existentes. El estigma que cargan perpetúa su exclusión del interés y, en consecuencia, la ayuda de los programas de asistencia social internacionales y locales.

### **El impulso para irse, cambiar y crecer... en poco tiempo**

Con la exposición fotográfica de Latour, las niñas se sintieron repentinamente parte de algo poderoso y bello. Gracias a la muestra '*Go de nuit - forgotten beauties*', se convirtieron en modelos en un contexto completamente nuevo y apasionante. Durante la mayor parte de sus vidas, estas niñas han intentado esconderse por vergüenza. A través del proyecto fotográfico, finalmente fueron reconocidas como víctimas de un sistema injusto y criminalizante del cual no son culpables. El autorrespeto y la confianza que ganaron con esta experiencia fue un importante primer paso para poder ayudarlas a irse del ghetto y crear un nuevo futuro.

Aunque es un punto de partida positivo, las niñas carecen de una red de apoyo personal y siguen

siendo vulnerables a influencias negativas que las hacen caer nuevamente en viejos patrones.

Es difícil para ellas comprender que los retrocesos, la necesidad de recomenzar y reflexionar sobre estas lecciones son una parte necesaria y normal de su crecimiento personal cuando buscan escapar del ghetto. Según su perspectiva, solo son 'reales' los resultados que se pueden identificar en forma rápida y fácil. En consecuencia, cuando aparece la frustración o la duda, ceden fácilmente a sus miedos, a la autocrítica y a la opinión de terceros. Meses de pasos positivos se pueden perder en un instante si las niñas sienten abandono o falta de apoyo. Trabajar con las niñas hacia resultados sostenibles, de largo plazo, requiere un seguimiento constante y personalizado.

*Bijou: Antes yo no era nada; ahora soy alguien.*

No existe un camino claro para ayudar a las *go* a cambiar sus circunstancias. Siempre habrá obstáculos, fracasos y situaciones que obliguen a recomenzar. Pero ver su 'belleza redescubierta' en fotografías y saber que sus voces están finalmente siendo escuchadas es motivación suficiente para continuar apoyándolas para que superen sus desafíos cotidianos. De forma muy similar, las luchas y los éxitos de las *go* nos impulsan a seguir adelante. Los trabajadores sociales y las ONG podrían alentar y acompañar a las niñas, si tan solo supieran cómo escucharlas.

### **Recuperar la identidad cívica y encontrar una profesión**

'La casa de las *Go*' es un proyecto piloto que funcionó desde 2013 hasta 2014. La iniciativa fue desarrollada con el objetivo de asistir a jóvenes y niñas de 14 a 25 años que querían abandonar la prostitución en búsqueda de una nueva vida social y profesional. Los servicios disponibles fueron adaptados específicamente a las circunstancias de las *go* con la esperanza de crear un abordaje flexible y eficaz que diera respuesta a sus necesidades y desafíos específicos.

Durante aproximadamente un año, el proyecto ofreció servicios de asesoramiento, atención de salud y servicios psicológicos. El proyecto financia costos de matriculación, alojamiento, atención médica y kits de reintegración para ayudar a las niñas a iniciar pequeños negocios. También ofrece apoyo general a sus esfuerzos para reconstruir su vida social y familiar, y asistencia para prevención de conflictos. Se organizaron iniciativas de mediación familiar con el fin de reconstruir una red de apoyo y ayudar a las niñas a recuperar una identidad cívica. Es esencial construir y mantener una relación de confianza fuerte entre las *go* y el equipo del proyecto. Una inversión personal en cada niña nos permite definir juntos sus objetivos y guiarlas a través de sus esfuerzos cotidianos.

A diferencia de las niñas que se prostituyen (generalmente de 10 a 13 años), las *go* de 14 a 25 años que participan en este proyecto tienen más tiempo de experiencia en la prostitución, y pasaron la mayor parte de su infancia y toda su adolescencia en la calle. La prolongación de un estilo de vida tan peligroso tiene un efecto trágico sobre su salud física y mental.

A fines de 2014, cinco de las trece beneficiarias originales del proyecto aún se mantienen en los puestos de trabajo que se les asignaron y continúan realizando las actividades remuneradas que comenzaron durante el proyecto. Este proyecto piloto nos enseñó que la cantidad de tiempo requerida para apoyar la reintegración y la independencia de estas niñas difiere ampliamente en cada caso. El éxito depende de la disponibilidad de financiación, las capacidades del personal y el grado de acostumbramiento que las niñas hayan adquirido a la economía de supervivencia durante su tiempo en las calles.

Para las prostitutas jóvenes, el valor de unirse a la fuerza de trabajo de la sociedad merece el riesgo de fracasar. Después de todo, no puede haber verdaderos fracasos en sus esfuerzos de escapar de la prostitución. Las semillas de sus esfuerzos pueden germinar más adelante, en otro lugar. Lo importante es que recibieron el apoyo que necesitaban para comenzar a sembrar una nueva vida.

*Bijou: Mis amigos me preguntan cómo volví a casa. A ellos también les gustaría ir a la escuela, como yo.*

Las nociones de 'parias', 'cuantificación de resultados', 'indicadores de éxito' dominan el abordaje comunitario de desarrollo internacional. Estos conceptos tienen poca relación con la realidad humana confrontada por este proyecto. El éxito del proyecto no se puede evaluar en términos de la cantidad de niñas que continuaron hasta el final. Lograr cualquier tipo de ruptura con su entorno anterior es de por sí un triunfo. Hasta ahora, nadie había prestado atención a estas niñas; eran consideradas "demasiado salvajes, demasiado inmaduras y demasiado violentas".

A lo largo del proyecto, emergieron múltiples habilidades de estas niñas consideradas inútiles: ahora hay entre ellas una diseñadora de joyas, una niña dedicada a la confección de prendas, una electricista y una pastelera. A pesar de estos triunfos, la dignidad recuperada a través de sus nuevas identidades sigue siendo frágil. Las niñas a menudo sienten que los nuevos desafíos que enfrentan al ingresar a la escuela o al mundo laboral son insuperables. Para mantenerse motivadas, necesitan recibir aliento diariamente.

El ejemplo de estas niñas que abandonaron la prostitución está creando una dinámica de cambio en las redes de su ghetto. A medida que crece el grupo de las niñas que dejaron el ghetto, estas historias de éxito alientan a otras a intentarlo.

Además, las autoridades locales, los servicios gubernamentales y las ONG están empezando a ver que efectivamente hay métodos eficaces disponibles para asistir a estas jóvenes, que después de todo no son una causa perdida.



### Mirada al futuro

En 2014, la ONG Abel Community de Grand Bassam (una ONG italiana), con el apoyo de la ONG internacional Terre des Hommes, realizó una encuesta sobre las causas subyacentes de la prostitución entre las jóvenes. Se entrevistó a 200 niñas de 10 a 16 años de diferentes áreas de Grand Bassam, un pueblo costero ubicado a 15 km de Abiyán. Los resultados del estudio se focalizan en las circunstancias individuales de las niñas, sus familias y la comunidad circundante y analizan las características particulares de la prostitución entre las jóvenes.

En 2015, el programa piloto implementado por Latour se convertirá en un programa permanente para la reintegración social y profesional de las niñas prostitutas de 10 a 25 años. El proyecto titulado 'Go de nuit' reunirá en un solo centro todo el espectro de servicios necesarios para apoyar a las go en su búsqueda de una nueva vida: establecimientos educativos, asistencia para la reintegración cívica, atención de la salud física y mental, higiene, alojamiento de emergencia, deportes, actividades culturales y recreativas, y desarrollo profesional. En 'Go du nuit' cada participante tendrá el apoyo necesario para reconstruir su identidad social y civil por medio de un programa profesional y educativo basado en sus ambiciones y deseos individuales.

**Eliane de Latour**, antropóloga, cineasta y directora de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica de Francia (CNRS por sus siglas en francés), trabajó en Francia y África. A través de obras cinematográficas, fotografías, artículos científicos o literatura, ofrece una mirada profunda de los mundos de quienes son empujados más allá de las fronteras físicas o sociales.

**Rosalie Billault**, abogada internacional, trabajó durante siete años para organizaciones de cooperación internacional en el área de derechos humanos y legislación. Su experiencia se focaliza en los mecanismos internacionales para promover y proteger los derechos de los niños y las mujeres.

Para más información, contáctennos escribiendo a: [go2nuit@gmail.com](mailto:go2nuit@gmail.com)

<http://elianedelatour.com/projets/go-de-nuit-dabidjan/>

## La voz del niño en los tribunales de familia en Inglaterra

**Anthony Douglas CBE**



### La dimensión internacional

Durante los últimos doce meses he conversado con responsables de la protección de los niños en muchas jurisdicciones para intercambiar experiencias, entendiendo que nuestra forma de trabajo en Inglaterra es sólo un enfoque posible para entender las necesidades, los deseos y los sentimientos de los niños, o no. Como resultado de estas conversaciones he concluido que los problemas que enfrentamos en este campo en todo el mundo están convergiendo, mientras al mismo tiempo en el marco político para prestar servicios se va produciendo una divergencia cada vez mayor. Por lo tanto, estamos frente a una convergencia de problemas y a una amplia diferencia en la forma de respuesta.

Frecuentemente pensamos que la escala de lo que hacemos en Inglaterra en algunas ocasiones se torna inmanejable. Tenemos aproximadamente 85.000 niños bajo tutela y se estima que hay medio millón de niños 'con necesidades insatisfechas'. Al mismo tiempo, en el curso de unos pocos meses, las agencias de servicios sociales de Rusia se han enfrentado a la necesidad de atender a 450.000 personas desplazadas por el conflicto en el este de Ucrania, principalmente personas de habla rusa de Crimea que se dirigen a Rusia, donde se sienten más seguros. Me reuní con el funcionario a cargo de los servicios para niños en China, que me manifestó en confianza que se sentía algo abrumado por el trabajo, lo que no me resultó sorprendente cuando me dijo que tenía responsabilidad por 800.000 niños abandonados, frecuentemente abandonados sin ningún medio de identificación. Casi todos los niños que se encuentran bajo tutela en Inglaterra pueden ser identificados, y parte del trabajo al que me referiré en este artículo es sobre cómo hacer oír la voz de los niños a sus padres biológicos, de quienes son separados, y la razón por la que esto es importante.

Por otro lado, cómo se ayuda a los niños que no pueden vivir con sus padres a entender los problemas que sus padres biológicos enfrentan y por qué ya no pueden vivir con ellos. Una de las técnicas que se aplica es el relato digital, utilizando los videos y fotos sobre la vida del niño a los que se puede acceder.

La mayoría de los países y jurisdicciones que he visitado o de los que hemos recibido visitas de delegaciones en Inglaterra están tratando de mejorar sus servicios internos. Mencionaré dos: los funcionarios húngaros que querían fortalecer sus mecanismos de protección después de que un magistrado local le otorgó fianza a un padre que había matado a uno de sus hijos para que regresara a su casa a cuidar a sus otros hijos sin que medie una evaluación. Estaban estudiando formas de introducir rigurosos protocolos de evaluación como parte de su práctica profesional. Y en Kazajistán, el gobierno decidió poner fin a la práctica de 'turismo de bebés' de Occidente, es decir personas que venían a su país a buscar niños para adoptar. En un momento dado era muy alto el porcentaje de visas que el país otorgaba para el 'turismo de bebés'. Al igual que muchos países que estaban experimentando un 'drenaje de bebés' a países más ricos, Kazajistán diseñó y puso en práctica un servicio de acción social efectivo y bien orientado y actualmente esta situación se ha equilibrado.

No quiero decir con esto que la práctica de justicia de familia en Inglaterra es fácil. Los integrantes de una delegación de Suecia me informaron que ellos en promedio hacen tres visitas por cada visita que hacemos a las familias en Inglaterra. Nuestro sistema de cuidado se basa en reducir los riesgos a los niños, a diferencia de los sistemas más pedagógicamente orientados que se aplican en algunos países del Norte de Europa, como Dinamarca. Esta práctica no es fácil para ningún país y cada país debe responder en el contexto de sus propias circunstancias. Trabajar con niños y familias resulta complejo y difícil en cualquier lugar. En Australia Occidental, que se caracteriza por la 'tiranía de la distancia', los jueces, los magistrados y los trabajadores sociales vuelan juntos a sitios remotos cada cierta cantidad de meses para llevar funciones del tribunal de familia, realizando la mayor cantidad de trabajo que su tiempo les permite mientras se encuentran en el lugar.

### ¿Qué hacemos en Inglaterra?

En Inglaterra tenemos la responsabilidad legal de poner el interés superior del niño como prioridad en el proceso de toma de decisiones. Este principio ha sido reforzado por la legislación desde 1969, y más claramente desde 1989 con la sanción de la Ley de Menores.

Esta legislación se ha consolidado y enriquecido en los últimos 25 años con nuevas disposiciones, extendiendo los derechos de diversos niños como los de los niños que se alejan del régimen de tutela y los niños con discapacidades y sus cuidadores, y los de los niños que son adoptados mientras se encuentran en instituciones de tutela y sus padres adoptivos. Entre los desarrollos futuros se cuenta la nueva definición legal de cuidados de crianza de largo plazo, otorgándole una categoría superior a la figura denominada 'cuidados de crianza permanentes'. También se está prestando mayor atención a las formas efectivas de mantener a los niños en el hogar en forma segura, para lo cual el gobierno está utilizando incentivos de financiación a las agencias locales para diseñar alternativas innovadoras. Esto se aplica a todos los sectores: legal, acción social, salud y educación. Por ejemplo, un programa que se inició en Australia, MECSH (programa de visitas de maternidad, primera infancia y hogares), en el que los trabajadores de la salud establecen 25 contactos con una nueva madre vulnerable durante los primeros dos años de la vida del niño, actualmente está en fase piloto en cinco áreas del Reino Unido con excelentes resultados iniciales en términos de mejores resultados para los niños que reciben apoyo. Estos programas están orientados a que no sólo se escuche la voz de los niños sino que también se actúe en consecuencia.

Todos los profesionales que trabajan en el área de familia de Inglaterra tienen la responsabilidad de representar la voz de los niños. Trabajadores sociales de los consejos locales, profesionales de Cafcass, abogados, jueces y magistrados, todos ellos tienen diferentes funciones en el tratamiento de los casos, pero el objetivo de todos es entender las necesidades de los niños y hacer que sus vidas mejoren. El Consejo de Jóvenes de la Justicia de Familia (FJYPB) está compuesto por aproximadamente 40 niños y jóvenes que han pasado por el sistema de justicia de familia o tienen interés en los derechos de los niños y los tribunales de familia. Creado originalmente por Cafcass en 2006, el Consejo fue creado para ayudar a la organización a mantenerse orientada a los niños y jóvenes. Recientemente se ha extendido su alcance para incorporar el sistema de justicia de familia a escala nacional. El mandato del Consejo es contribuir a asegurar que el trabajo de la justicia de familia se centre en los niños y garantice su inclusión.

Los tribunales le solicitan a Cafcass que aporte información sobre 140.000 niños por año en toda Inglaterra. Nuestro trabajo se puede dividir en dos áreas: derecho público y derecho privado. En los casos de derecho público en los que un consejo local solicita que se ponga a un niño bajo tutela o que se imparta una orden para supervisar el cuidado que la familia presta al niño, Cafcass representa la voz del niño a través de los tutores del niño que son designados por el tribunal. En los casos de derecho privado, los profesionales de Cafcass brindan información al tribunal y también se les puede solicitar que asesoren a los tribunales sobre dónde debería vivir el niño y con quién deberían pasar tiempo después de la separación o divorcio de los padres. Las decisiones definitivas sobre el futuro del niño son tomadas por los jueces o magistrados, utilizando toda la evidencia disponible.

Los comentarios que se incluyen a continuación de una madre sobre una niña en un caso de derecho privado ilustran a qué apuntamos y qué tratamos de lograr:

*“Cuando Rose<sup>1</sup> tuvo que reunirse con ustedes, fueron maravillosos con ella. Le explicaron por qué estaba allí y lo que iba a suceder y lograron transformar un ambiente extraño en un ambiente seguro para ella, con lo que la niña se abrió rápidamente.*

*A mi esposo y a mí nos mostraron que la comunicación entre nosotros estaba en una situación muy mala, peor que lo que nosotros veíamos. Trabajamos sobre esto con la ayuda de ustedes.*

*Rose ahora desea ver a su padre nuevamente en lugar de sentirse mal con la perspectiva. Él está contento porque la pasan bien juntos nuevamente y están reconstruyendo lo que se había roto entre ellos. Yo estoy contenta porque gracias a ustedes hemos podido reconocer los sentimientos de nuestra hija, todos hemos escuchado y hemos tratado de comunicarnos mejor y como resultado estamos reconstruyendo la confianza”.*

### **El modelo que se aplica actualmente en los casos de derecho público**

Cuando un consejo local solicita una orden de tutela o una orden de supervisión, les facilitamos la supervisión de la evaluación y el plan de cuidados hechos por la autoridad local por parte de un trabajador social independiente. En algunos casos trabajamos con la autoridad local antes de que ellos presenten su solicitud al tribunal, incluyendo el apoyo para poder aplicar medidas alternativas que permitan evitar la judicialización y trabajar en el plan de protección del niño en la comunidad o, cuando el caso llega a la corte, que se cumpla con todo lo que se debe hacer. Nuestras responsabilidades en los procesos están establecidas en el Protocolo de Derecho

---

<sup>1</sup> No es su nombre verdadero

Público Revisado y en disposiciones de la Ley de Menores y Familias de 2014. La meta es completar todos los casos, salvo los más excepcionales, en el término de seis meses. Para asistir en esta tarea, hemos desarrollado una herramienta conjunta con los consejos locales para que los trabajadores sociales de los consejos y los tutores de los niños presenten sus informes a los tribunales sobre los mismos dominios. Los dominios clave en el análisis de un caso son los siguientes:

1. **Un análisis del umbral de daño significativo.** Consiste en analizar el daño que el niño ha sufrido o tiene riesgo inminente de sufrir.

2. **Un análisis de la capacidad parental y si se puede compensar alguna deficiencia en la capacidad dentro de la escala temporal del niño.** La pregunta crucial a responder es si el/los padre(s) en cuestión pueden cuidar al niño involucrado en el caso de manera segura y dentro de la escala temporal apropiada para el niño.

3. **Un análisis de impacto para el niño.** Este análisis evalúa el impacto de lo que ha estado ocurriendo y de lo que se propone para el niño para el futuro. Si el caso involucra a un grupo de hermanos, se debe diferenciar el impacto para cada niño. A continuación ilustramos con un ejemplo:

*Pau<sup>2</sup> nació con los síntomas clásicos de abstinencia a las drogas: temblores, hipervigilancia, etc. Como resultado de la evaluación se concluyó que su madre amaba más a las drogas que consumía que al niño, y que no se podía dedicar al niño y a atender sus necesidades. Se lo asignó a cuidados de crianza y a las pocas semanas comenzó a progresar. Al inicio del caso tenía cinco meses y era un niño feliz sin problemas. Se sentía seguro con su madre de crianza.*

4. **Un análisis de permanencia temprana.** Consiste en el análisis de lo que debería ocurrir luego con el niño. Las principales opciones son: reintegrarlo a su hogar, colocarlo bajo el cuidado de familiares, cuidados de crianza permanente, tutoría especial o adopción. La opción de permanencia propuesta por el tribunal tiene que ser adaptada al caso y debe incluir un plan de acompañamiento. La importancia crucial de los planes de acompañamiento para lograr una permanencia positiva para los niños es un aspecto muy importante del trabajo social y de las prácticas de los tribunales en Inglaterra. La jurisprudencia reciente enfatiza la importancia de analizar todas las opciones viables de permanencia además de la opción más favorable.

### **El modelo que se aplica actualmente en los casos de derecho privado**

Más del 90% de los padres resuelven los acuerdos para el cuidado de los niños después de la separación o el divorcio sin recurrir a los tribunales. Los que llegan a la justicia lo hacen por una de dos razones: ya sea porque se ha roto la comunicación y ambos padres desean asumir el cuidado del niño o porque uno de los padres piensa que el otro no es apto o es peligroso que asuma el cuidado del niño o pase tiempo con el niño. Muchos casos de derecho privado involucran altos niveles de conflictividad y dolor; un pequeño número de homicidio/suicidios en los últimos años ilustran cuánto.

Existen alguna organizaciones de voluntarios que ofrecen servicios extrajudiciales para padres separados, pero pueden ser irregulares y difíciles de encontrar. Hay varios programas piloto en curso destinados a aumentar la cantidad de padres a los que se puede dar apoyo para resolver sus conflictos en forma extrajudicial. Esto es especialmente importante ya que se ha identificado que frecuentemente el propio proceso judicial sirve de cemento para endurecer aún más el muro que se ha levantado entre los padres.

Una innovación reciente de la legislación inglesa dispone que el padre que se presenta ante un tribunal primero debe asistir a una sesión informativa con un mediador financiada con fondos públicos (reunión informativa y de evaluación para la mediación), en lugar de hacerlo sólo en circunstancias excepcionales, por ejemplo cuando hay evidencia de violencia doméstica. Se está llevando a cabo una campaña por una mediación que tenga más en cuenta a los niños ya que si bien hay más de 400 mediadores acreditados para consultas directas sobre los niños (DCC), la mayoría de los mediadores no incluyen a los niños en el proceso. A través de sus grupos de representantes, los propios niños están manifestándose fuertemente a favor de la inclusión proporcional a su edad y a su nivel de comprensión.

El Programa de acuerdos sobre los niños (abril de 2014), dispone que Cafcass debe llevar a cabo controles policiales, controles con los servicios sociales y detectar factores de riesgo. Luego se firma una carta de salvaguarda para presentar en la primera audiencia en el tribunal. Cuando no resulta posible llegar a una resolución final en esta etapa, el caso debe trasladarse a Cafcass para continuar el trabajo. No se visita a los niños antes de esta audiencia, pero siempre se los visitará si el caso va más allá de esta etapa. Actualmente se está llevando a cabo un proyecto piloto para evaluar si es beneficioso incluir a los niños antes de la primera audiencia.

---

<sup>2</sup> No es su nombre verdadero

Entre 5% y 10% de los padres que recurren a los tribunales para decidir los acuerdos para el cuidado de sus hijos han tenido problemas lo suficientemente serios como para que a los niños se les otorgue representación legal independiente y sean asignados a un tutor para que vele por su interés superior.

Desde abril de 2014 Inglaterra y Gales tienen un solo tribunal de familia. En la práctica esto significa que los magistrados atienden más casos de derecho privado en lugar de que los jueces atiendan prácticamente todos los casos y se están seleccionando las solicitudes de forma más estructurada antes de trasladarlas al nivel judicial correspondiente. Este programa implica un cambio masivo que sólo se puede reflejar en la práctica con el tiempo. También dispone un mayor nivel de capacitación de los magistrados, en lo que se está trabajando.

### **Oír la voz del niño**

La mejor forma de hacer oír la voz del niño depende de las circunstancias individuales de cada niño, por ejemplo su edad y nivel de comprensión. Muchos necesitan apoyo durante un período de tiempo para poder articular sus necesidades, sus deseos y sus sentimientos, aunque para algunos, el sólo hecho de hablar de sus experiencias y sentimientos puede resultar terapéutico. Parte de la evaluación de un niño consiste en determinar cuál es la mejor forma de oír su voz, ya sea directa o indirectamente.

Oír a un bebé o a un niño pequeño puede requerir a observación del niño interactuando con su(s) cuidador(es), además de escuchar las opiniones de quienes lo conocen bien. Estas perspectivas indirectas son representativas de la voz del niño. Escuchar a quienes conocen bien al niño es particularmente importante, tanto para los niños más pequeños como para los de más edad, especialmente si un profesional sólo tiene un encuentro con el niño. Algunos niños tienen puntos de vista cambiantes y pueden expresar diferentes opiniones en distintos momentos. Los cuidadores entrenados o profesionales confiables como los maestros normalmente pueden identificar cómo se comporta o piensa el niño con el tiempo. Por eso es preferible identificar el 'equipo que rodea al niño' y evaluar su visión, complementada con trabajo directo cuando resulte posible.

Cafcass cuenta con una variedad de herramientas muy desarrolladas para utilizar en el trabajo con niños, especialmente para explorar sus emociones profundas, frecuentemente ocultas. Nuestra herramienta 'Necesidades, deseos y sentimientos' es utilizada por los profesionales en su trabajo con los niños para posibilitar a los niños hacer oír sus opiniones.

Los materiales completos pueden ser utilizados por los profesionales para ayudar a informar sobre su análisis y también pueden ser elevados directamente al tribunal. En el campo del derecho privado, los niños con edad y nivel de comprensión suficiente (normalmente desde alrededor de los siete años en adelante) son invitados por los Asesores de los Tribunales de Familia (FCA) a redactar una 'carta al juez' y la mayoría de los niños eligen hacerlo. También se invita a los niños a hacer un dibujo para el juez. Estas herramientas también se están utilizando cada vez más en casos de derecho público. Nuestros profesionales utilizan la tecnología para interactuar con los niños. Se están utilizando aplicaciones interactivas en tabletas, en las que los niños pueden dibujar, escribir sus propios textos, describir sus vidas cotidianas y expresar sus sentimientos a través de actividades. Estas actividades pueden incluir seleccionar dibujos para mostrar lo que es importante para ellos, como los integrantes de su familia, las mascotas o hobbies, y lo que los hace sentir seguros y felices. Los profesionales de Cafcass han observado que sentarse al lado de los niños en lugar de hablar con ellos en el formato de una entrevista puede permitir obtener mucha más información.

Si bien en la gran mayoría de los casos los niños están satisfechos con que Cafcass informe sus sentimientos al tribunal en su nombre, en algunos casos los jueces y magistrados se reúnen con los niños y jóvenes en los tribunales, normalmente en su oficina, como parte del proceso judicial. Estas reuniones deben manejarse con mucha cautela para evitar crear dificultades con la evidencia.

La perspectiva de reunirse o hablar directamente con el juez puede dar confianza a algunos niños y jóvenes y puede servirles para darles seguridad sobre el procedimiento judicial y sobre el juez que está tomando decisiones importantes en su nombre, pero también puede resultar muy atemorizante para otros. Si bien algunos jueces son excelentes para facilitar estas reuniones, otros jueces y magistrados pueden tener menos experiencia y necesitar capacitación para hacerlo bien. Además, los niños se benefician con algún tipo de preparación antes de estas reuniones. Si bien los profesionales de Cafcass ayudan a facilitar la reunión entre los niños y los jueces o magistrados, el manejo de las expectativas del niño respecto del propósito y resultado de las reuniones es una parte importante de su tarea. El solo hecho de 'ver al juez' ha significado un avance en muchos casos, en los que el niño se siente escuchado por primera vez. Muchos niños que integran el Consejo de Jóvenes de la Justicia de Familia hablan elocuentemente por experiencia personal sobre estos avances.

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

El Ministro de Justicia del Reino Unido, Simon Hughes, anunció recientemente un cambio en la política del gobierno para introducir la presunción de que los niños de más de 10 años en los casos de derecho privado son capaces de hablar con el responsable judicial de la toma de decisiones en su caso. Este es un paso importante en la defensa de los derechos de los niños en los tribunales. Hay diversos grupos trabajando actualmente para determinar cuál es la mejor manera de materializar esta reforma en la práctica y Cafcass está asistiendo con proyectos piloto en los que se da a los niños la oportunidad de reunirse con el juez. En una de estas áreas el Consejo de Jóvenes de la Justicia de Familia ofreció una sesión de capacitación a los jueces y magistrados sobre las reuniones con los niños en el marco de los procesos judiciales.

Este nuevo derecho se puede contrastar con la terrible experiencia de muchos niños testigos en casos penales recientes en Inglaterra, notablemente casos que involucraban explotación sexual infantil. Las niñas manifestaron que su experiencia de ser contrainterrogadas en los tribunales fue, de una manera diferente, tan abusiva como el abuso y el trauma originales. Está claro que se necesita un gran trabajo dentro del sistema de justicia penal para garantizar que se escuchen las voces de los niños en forma correcta y apropiada sin causar más daño a los niños.

La voz de los niños está adquiriendo mayor notoriedad en los tribunales de familia y en los casos de justicia de familia en toda Inglaterra, y se está construyendo sobre bases sólidas. Escuchar la voz de un niño es un proceso complejo en sí mismo. Para que los tribunales elaboren el marco correcto para utilizar con los niños en el futuro, la voz de los niños tiene que estar en el centro de los procedimientos de derecho público o privado, y tiene que conservar ese lugar. Sólo se puede mantener en ese lugar con el esfuerzo sostenido y la dedicación de todos los profesionales involucrados y con el esfuerzo continuo de los familiares. Su opinión es la más importante de todas, ya que deberán estar presentes una vez finalizado el caso en la justicia para acompañar en la recuperación, el crecimiento y el desarrollo del niño.

**Anthony Douglas CBE**, CEO, Servicio de Asesoramiento y Apoyo a los Tribunales de la Familia y el Menor (CAFCASS).

Diciembre de 2014

Cafcass es una agencia nacional especializada que ha brindado apoyo a más de 140.000 niños en casos de derecho público y privado desde 2004. Anthony Douglass ha sido director no ejecutivo de la Oficina de Archivos Penales (CRB) y es asesor del gobierno en temas de justicia de los menores que necesitan cuidado y protección. Actualmente es profesor visitante de la Universidad de East Anglia y de la Universidad de Plymouth, y es presidente de la Asociación Británica para la Adopción y Cuidados de Crianza (BAAF) desde 2005.

**La voz de los niños en los procesos de los tribunals de familia de Nueva Zelanda**

**Juez Paul Geoghegan y Emily Stannard**



Judge Paul Geoghegan



Emily Stannard

**I: INTRODUCCIÓN**

Estaba sentado en mi oficina con un niño de entre 7 y 9 años y el abogado designado por la corte. El niño era sujeto de una batalla entre sus padres por la custodia, y uno de los problemas que había planteado la madre era el peligro que significaba que el padre le permitiera a un niño de tan corta edad estar en el galpón de ordeño mientras ordeñaban las vacas, riesgo que claramente el padre no veía. Cuando hablé con el niño sobre la vida en la granja me quedó muy claro que la disfrutaba mucho. Con respecto a su presencia en el galpón de ordeño, le pregunté si alguna vez le había ocurrido algo malo mientras estaba en el galpón. Pensó un momento antes de contestarme que si bien nunca le había pasado nada malo, una vaca una vez había defecado sobre su cabeza. Comenzó a reírse de una manera que me hizo reír con él. Estaba claro que, por lo menos desde su perspectiva, el galpón de ordeño en el momento de ordeño era un lugar divertido. En muchos sentidos la entrevista judicial es simplemente una oportunidad para unir una cara con un nombre, pero frecuentemente también es una oportunidad para que los problemas planteados entre los padres se puedan ver desde la perspectiva del niño.

La entrevista judicial de niños que son objeto de disputas respecto de su cuidado y tutela es un mecanismo muy bien establecido en el marco legal de Nueva Zelanda. Si bien aún hay debates pendientes respecto del objeto de dicha entrevista, a saber, si se trata básicamente de una oportunidad para conocer a un niño o si la entrevista debería servir a un objetivo más sustancial, la entrevista de niños por parte de los jueces es muy común.

Sin embargo, no es la única forma, ni siquiera la forma principal, de darles a los niños una voz en el proceso que les concierne. La forma más común de permitirles expresar su voz es mediante la designación de un abogado que los represente. En gran medida, esto dependerá de la naturaleza del proceso que tramita ante el tribunal. Cuando están en disputa los acuerdos sobre el cuidado del niño o cuando los tutores no pueden resolver un conflicto referido a la tutela, dichos procesos se abordan aplicando las disposiciones de la Ley de Cuidado de Niños de 2004. Los casos en los que hay circunstancias de abandono que han requerido la intervención del estado se tratan aplicando las disposiciones de la Ley de Menores y sus Familias de 1989.

El objetivo de este artículo es demostrar cómo se hace oír la voz de los niños en los casos que tramitan ante el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda. El foco primario de este artículo estará en los procesos en los que se aplica la Ley de Cuidado de Niños de 2004 y en las entrevistas judiciales realizadas a los niños involucrados en dichos procesos.

**II: DISPOSICIONES LEGISLATIVAS**

***Ley de Cuidado de Niños de 2004***

La Ley de Cuidado de Niños de 2004 (COCA por sus siglas en inglés) rige todos los procesos referidos a la tutela, el cuidado cotidiano, el contacto con niños y la administración de propiedades de niños. Establece que se les deben proporcionar a los niños oportunidades razonables de expresar sus puntos de vista sobre las cuestiones que lo afectan, ya sea en forma directa o a través de un representante y estos puntos de vista deben ser tenidos en cuenta.

Los puntos de vista de un niño no son lo mismo que sus deseos. El punto de vista incluye una amplia variedad de aspectos, tales como las ventajas y desventajas que implica estar bajo el cuidado de una persona, lo que el niño disfruta, qué cuestiones le resultan importantes y cuáles no<sup>1</sup>. El Tribunal de Familia ha señalado que “deseo” significa una expectativa, en tanto “punto de vista” significa una actitud u opinión<sup>2</sup>.

Las formas plurales “oportunidades” y “cuestiones” indican que puede ser necesario dar al niño más de una oportunidad para expresar su punto de vista, especialmente si la audiencia se lleva a cabo a lo largo de un período prolongado de tiempo<sup>3</sup>. Es importante señalar que el artículo no establece límites relacionados con la edad o con el grado de madurez del niño como el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN) de 1989<sup>4</sup>. En la práctica, sin embargo, el peso asignado al punto de vista o las opiniones del niño se verá afectado por estos factores.

La ley COCA establece criterios adicionales para tomar en cuenta las opiniones de los niños, adoptando las disposiciones de la Convención de La Haya que la legislación de Nueva Zelanda incorpora en las disposiciones de la ley COCA. El inciso 106(1)(d) permite que el tribunal se niegue a emitir una orden para restituir a un niño llevado por uno de los padres, a Nueva Zelanda, sin autorización del otro padre si se demuestra que el niño se opone a ser restituido y el niño ha alcanzado una edad y un nivel de madurez que hacen que sea adecuado darle peso a su opinión. Esto se suma al requisito de tomar en cuenta la opinión del niño según lo dispuesto por el inciso 6(2)(b).

### **Otras disposiciones legislativas**

#### **Ley de Menores y sus Familias de 1989**

La Ley de Menores y sus Familias de 1989 (CYPFA) se aplica a todos los casos que involucran acusaciones de abandono o maltrato de niños y requieren la intervención del estado, y a los casos penales que involucran a menores de entre 14 y 17 años (y algunos casos penales en los que se incrimina a menores de 12 y 13 años). El inciso 5(d) dispone que el tribunal debe dar consideración:

“A los deseos del niño o joven en la medida en que dichos deseos se puedan determinar razonablemente, se les debe dar el peso que resulte apropiado según las circunstancias, tomando en consideración la edad, el nivel de

madurez y la cultura del niño o joven”.

Este artículo contiene la expresión ‘tomar en consideración’, que es más débil que la expresión ‘tomar en cuenta’ del artículo 6 de la ley COCA. También impone algunas limitaciones a la opinión del menor (edad, madurez y cultura) que no aparecen en la ley COCA. Esta pareciera ser una distinción lógica y legítima teniendo en cuenta que los deseos de un niño respecto del resultado del proceso deben ser sopesados necesariamente en relaciones a las cuestiones de bienestar inherentes a los casos de abandono o maltrato.

La ley dispone la obligatoriedad de designar a un abogado para representar al niño o joven en los casos en los que se presentan procesos relativos a su cuidado y protección<sup>5</sup>. La voz del niño o joven se hace oír a través de las declaraciones del abogado que lo representa, las cuales se pueden hacer en forma de presentación oral o, más comúnmente, a través de un informe incorporado como parte del caso.

La voz del niño también se puede hacer oír a través de la designación de un defensor lego, cuya principal función es garantizar que el tribunal “tenga en cuenta todos los aspectos culturales que son relevantes para el caso” y representar los intereses del grupo familiar del niño o joven en la medida en que dichos intereses no estén representados de otra manera. El defensor lego está facultado para:

“Hacer declaraciones en nombre del niño o joven respecto de cualquier cuestión relativa a la detención de ese niño o joven en establecimientos de seguridad o el cuidado de dicho niño o joven en una institución.”<sup>6</sup>

El tribunal también tiene la facultad de ordenar que se realicen informes médicos, psiquiátricos o psicológicos “de cualquier niño o joven involucrado en el caso”<sup>7</sup>.

Se sugiere que si bien no existen prohibiciones a la posibilidad de realizar entrevistas judiciales entre los niños y el juez en los procesos de cuidado y protección, las entrevistas en dichos casos son mucho menos comunes que en los procesos regidos por la ley COCA, dado que el aspecto principal que se trata de determinar es si el niño necesita cuidado y protección. Una vez que se ha determinado esto, la opinión del niño respecto del resultado del proceso resulta más significativa, pero y en general es comunicada al tribunal a través del abogado designado por el tribunal.

<sup>1</sup> C v S [2006] NZFLR 745 (HC).

<sup>2</sup> *Gabinete del Ejecutivo, Ministerio de Desarrollo Social v C FC Wanganui FAM-2004-083-374*, 2 de septiembre de 2008, Juez Callinicos.

<sup>3</sup> C v S más arriba en N° 1.

<sup>4</sup> *Child Law*, Brookers, edición en CC6.02

<sup>5</sup> Artículo 159, Ley de Menores y sus Familias de 1989.

<sup>6</sup> Artículo 164, Ley de Menores y sus Familias de 1989.

<sup>7</sup> Artículo 178, Ley de Menores y sus Familias de 1989.

### **Ley de Adopción de 1955**

El inciso 11(b) de la Ley de Adopción de 1955 no permite que el tribunal emita una orden provisoria de adopción antes de determinar que la adopción favorece el bienestar y los intereses del menor, prestando la debida consideración a los deseos del niño y tomando en consideración su edad y nivel de comprensión. Esto no requiere que se tomen en consideración las opiniones del niño y establece como limitaciones la edad y el nivel de comprensión. En la práctica, las opiniones del niño, cuando se puedan determinar, se comunican al tribunal a través del informe obligatorio de un trabajador social. El tribunal puede designar a un defensor para que ayude a determinar los deseos del niño, sin embargo esta es una situación muy infrecuente en Nueva Zelanda.

### **Ley de Propiedad (relaciones) de 1976**

En las disputas por asuntos de propiedad entre cónyuges, miembros de una unión civil o parejas de hecho, dado que están regidas por la Ley de Propiedad (relaciones) de 1976, no hay disposiciones específicas que creen mecanismos para hacer oír la voz de los niños. Sin embargo, el artículo 26 de la Ley dispone que el tribunal tome en consideración los intereses de cualquier menor o niño dependiente y faculta al tribunal para emitir órdenes disponiendo sobre la propiedad de los bienes conyugales en beneficio de los niños involucrados.

### **Ley de Violencia Doméstica de 1995**

La Ley de Violencia Doméstica de 1995 contiene disposiciones sobre las órdenes de protección del Tribunal de Familia en casos de violencia doméstica. La ley contempla y dispone la posibilidad de que un niño de 16 años o más solicite una orden de protección<sup>8</sup>. En tales circunstancias, el tribunal tiene jurisdicción para designar a un abogado que lo represente. En otras circunstancias en las que uno de los integrantes de una pareja presenta la solicitud de una orden de protección u orden relacionada contra el otro y hay otras solicitudes presentadas bajo las disposiciones de la ley COCA, el tribunal por lo común designará a un abogado para representar a los niños en ambos tipos de procesos a fin de asegurarse de que se haga oír su voz, no solo en la disputa relativa a los acuerdos sobre su cuidado, sino también en los procesos relativos a los cargos de violencia doméstica.

### **III: ¿CÓMO SE PONEN EN PRÁCTICA LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS?**

#### **Abogado para el niño**

En los procedimientos regidos por la ley COCA, el tribunal puede designar a un abogado para representar al niño si tiene motivos de preocupación por la seguridad y el bienestar del niño y considera que la designación es necesaria<sup>9</sup>. Esta función implica<sup>10</sup>:

- actuar en nombre del niño durante la tramitación del caso para promover el bienestar y el interés superior del niño;
- garantizar que las opiniones transmitidas por el niño al abogado que afecten al niño y sean relevantes para la causa sean comunicadas al tribunal;
- asistir a las partes para llegar a acuerdos sobre las cuestiones en disputa en la medida en que promuevan el interés superior del niño;
- proporcionar información al niño sobre los derechos de apelación y los méritos de las apelaciones; y
- llevar a cabo cualquier otra tarea requerida por la ley.

El abogado debe reunirse con el niño y determinar sus opiniones sobre las cuestiones que lo afectan y son relevantes para el caso, a menos que se presenten circunstancias excepcionales que lo tornen inapropiado<sup>11</sup>. El requisito de determinar la opinión del niño se aplica en forma muy estricta en los tribunales de Nueva Zelanda.

En el caso *C vs. S*<sup>12</sup> el abogado de menores se reunió tres veces con una niña de cuatro años y la observó en el jardín de infantes. Había conversado con la niña para establecer comunicación con ella, pero no le había pedido específicamente que manifestara cuál era su punto de vista. Randerson J. determinó que no se habían cumplido las disposiciones del artículo 6 de la ley COCA. La niña demostró ser inteligente y coordinada y capaz de expresar sus puntos de vista. Sin embargo, el abogado señaló que se debía tener mucho cuidado a la hora de determinar cuál era su punto de vista debido a su corta edad, que su comportamiento con cada una de las partes podía resultar más elocuente que sus expresiones verbales y que no todos los niños de cuatro años pueden expresar sus opiniones verbalmente.

<sup>8</sup> Artículo 9, Ley de Violencia Doméstica de 1995.

<sup>9</sup> Artículo 7, Ley de Cuidado de Niños de 2004. El inciso 81(1)(b) de la Ley de Violencia Doméstica de 1995 también le da al tribunal discrecionalidad para designar un abogado que represente al niño.

<sup>10</sup> Artículo 9B(1)(a)-(e), Ley de Tribunales de Familia de 1980.

<sup>11</sup> Supra en 9B(2) y (3).

<sup>12</sup> *C v S* [2006] NZFLR 745 (HC).

En circunstancias en las que el abogado del niño no puede determinar claramente las opiniones expresadas por un niño, o más comúnmente, si el niño está siendo indebidamente influenciado o no por otra persona respecto de esos puntos de vista, es común que se solicite un informe psicológico.

El abogado que representa al menor presenta informes regulares al tribunal sobre el proceso y sobre las opiniones del niño y también informa al tribunal si el niño desea participar de una entrevista judicial o no.

### **Informe del psicólogo**

El tribunal puede solicitar el informe de un psicólogo para ayudar a determinar el resultado de una solicitud de orden de tenencia, una orden parental o un procedimiento en virtud de la Convención de la Haya<sup>13</sup>. El informe puede referirse a uno o a todos los siguientes puntos<sup>14</sup>:

- cómo están funcionando los acuerdos actuales de cuidado del niño;
- la relación del niño con cada parte y, si corresponde, el grado de apego del niño con cada parte;
- la relación del niño con otras personas significativas en su vida;
- el efecto o el posible efecto de las cualidades parentales de cada una de las partes sobre el niño;
- el efecto o el posible efecto de las conductas de las partes sobre el niño o de su capacidad de cooperar en la crianza del niño;
- las ventajas y desventajas de las opciones de cuidado del niño; y
- cualquier otro aspecto especificado por el tribunal.

Sin embargo, el tribunal sólo puede solicitar un informe psicológico si considera que es esencial, que es la mejor forma de obtener la información necesaria, que no causará demoras injustificadas y que no será el único elemento a considerar para determinar los deseos del niño<sup>15</sup>. El tribunal también debe tomar en cuenta los deseos de las partes a la hora de solicitar un informe psicológico si es que se pueden determinar dichos deseos sin demora<sup>16</sup>. Dadas las disposiciones del artículo 6 de la ley COCA y el énfasis en identificar los puntos de vista del niño, las restricciones a ordenar un informe exclusivamente para determinar los deseos del niño pueden ser vistas como algo desconcertante.

### **Informe cultural**

El informe cultural se refiere a los antecedentes culturales del niño, incluidas la denominación y la práctica religiosa<sup>17</sup>. Las restricciones para solicitar un informe cultural son similares a las que existen para obtener un informe psicológico. Si bien el informe cultural no se centra en el punto de vista del niño, es sin duda otro mecanismo importante para posibilitar que se escuche la voz del niño respecto de las cuestiones culturales relevantes en función del entorno del niño.

### **Entrevista judicial al niño**

El punto de vista del niño también se puede determinar por medio de una entrevista con un juez. Los jueces tienen discrecionalidad para decidir si se llevará a cabo una entrevista, cómo se realizará y cómo se registrará. El inciso 6(2)(b) de la ley COCA permite que los niños tengan la oportunidad de expresar su punto de vista directamente al tribunal. Las normas de procedimiento del tribunal de familia permiten al juez ordenar que las partes, los abogados de las partes o los abogados del niño no participen de la entrevista en la que se trata de determinar la perspectiva del niño<sup>18</sup>. Los jueces pueden decidir dónde y cuándo tratarán de determinar la visión del niño<sup>19</sup>. En la práctica, esto frecuentemente ocurre en el despacho del juez que lleva a cabo la entrevista. El abogado del niño suele estar presente en dichas entrevistas junto con cualquier otra persona cuya presencia el juez considere necesaria.

La ley no contiene ningún lineamiento sobre el momento, el lugar y el objetivo de la entrevista judicial<sup>20</sup>, y las normas de procedimiento no fijan reglas para entrevistar o registrar las opiniones del niño. No obstante, es común que el abogado del niño esté presente y la jurisprudencia ha señalado una fuerte preferencia por la presencia del abogado del niño durante la entrevista<sup>21</sup>. Esta entrevista normalmente se lleva a cabo inmediatamente antes del inicio o durante la audiencia de fondo para tratar los temas en disputa.

<sup>13</sup> Artículo 133(5), Ley de Cuidado de Niños de 2004.

<sup>14</sup> Artículo 133(1)(a)-(g), Ley de Cuidado de Niños de 2004 bajo el título 'informe psicológico'.

<sup>15</sup> Inciso 133(6), Ley de Cuidado de Niños de 2004.

<sup>16</sup> Inciso 133(7), Ley de Cuidado de Niños de 2004.

<sup>17</sup> Inciso 133(1), Ley de Cuidado de Niños de 2004 bajo el título 'informe cultural'.

<sup>18</sup> Regla 54(a) del Reglamento de los Tribunales de Familia de 2002.

<sup>19</sup> Regla 54(b) del Reglamento de los Tribunales de Familia de 2002.

<sup>20</sup> *Ley de Menores*, Brookers, edición online en CC.12.

<sup>21</sup> *S v S* [2009] NZFLR 108 (FC) en [63].

**IV: ESTUDIOS ACADÉMICOS**

Se ha escrito una gran cantidad de artículos en el ámbito académico y judicial sobre la forma en que se determinan las opiniones de los niños en los procesos de los tribunales de familia. Esto tiene particular relevancia respecto de las entrevistas judiciales, en las que la falta de procedimientos estándar ha dado lugar a preocupación sobre la justicia natural y la neutralidad procesal<sup>22</sup>.

**Estudio de Caldwell y Taylor**

El profesor adjunto John Caldwell y Nicola Taylor entrevistaron a todos los jueces de familia de Nueva Zelanda en 2012 para identificar sus prácticas de entrevistas y cómo abordaban aspectos tales como la justicia natural<sup>23</sup>. Los cinco temas relativos a la justicia natural fueron:

- situaciones en las que los niños manifestaron que estaban dispuestos a dar sus opiniones al juez sólo si no se enteraban sus padres;
- el tratamiento de la información proporcionada por el niño, fuera de las propias opiniones del niño, por parte del juez cuando se trata de evidencia que el juez considera importante;
- el registro de la entrevista;
- la información proporcionada a las partes sobre la entrevista;
- las inquietudes y dudas sobre la justicia natural respecto de las entrevistas judiciales.

*Situaciones en las que el niño sólo está dispuesto a dar su opinión al juez si los padres no se enteran*

Este pedido fue razonablemente infrecuente. Cuarenta y nueve por ciento de los jueces informaron que habían recibido esta solicitud pero en muy pocas ocasiones. Entre los que habían estado en esta situación, 27% habían aceptado mantener la confidencialidad. El resto de los jueces informaron al niño que era probable que hubiera que darles alguna información a los padres<sup>24</sup>.

*Situaciones en las que el niño reveló información, fuera de sus propias opiniones, que resultó importante para el proceso*

Las respuestas judiciales sobre este tema fueron variadas, sin embargo, la respuesta más común de los jueces fue que revelarían la información a los padres (53%), y de éstos casi la mayoría manifestó que también le brindarían la información al abogado del niño y al profesional

encargado de escribir el informe. Más de la mitad de los que dijeron que les darían información a los padres manifestaron que también se la darían a los Servicios de Niñez, Juventud y Familia, una división del Ministerio de Desarrollo Social, si el niño revelaba información relevante<sup>25</sup>.

Menos jueces fueron los que dijeron que suspenderían el proceso para permitir que se profundice la investigación (42%), en tanto 6% dijeron que se recusarían. Un juez señaló que podría existir la necesidad de que el juez pida pruebas y otro incluso especuló que el juez podría tener que pasar a la calidad de testigo<sup>26</sup>.

Los autores señalaron que esta posible "pesadilla procesal" de recibir nueva e importante evidencia en una etapa avanzada del proceso todavía no se había producido en Nueva Zelanda<sup>27</sup>. Sin embargo, señalan que hipotéticamente se podría plantear aquí un serio problema de justicia natural.

*Registro de la conversación con el niño*

La mayoría de los jueces (64%) no registraba las entrevistas, en tanto el 36% sí lo hacía<sup>28</sup>. Entre los que sí lo hacían, muy pocos tomaron registro de todas las entrevistas. Algunos manifestaron que registraban las entrevistas solamente cuando las partes eran particularmente contenciosas, cuando había sospecha de que se podían producir acusaciones muy graves o cuando por alguna razón podría plantearse un problema respecto del peso asignado a las opiniones del niño<sup>29</sup>. Los que las registraban manifestaron que lo hacían por preocupaciones de justicia natural, para protegerse en caso de apelación y para respetar la jurisprudencia<sup>30</sup>.

Algunas de las razones para no registrar fueron: que el niño dejara de tener voluntad de hablar, que el niño sintiera que lo estaban tratando como a un delincuente, que grabar sus declaraciones era otra forma de forzar al niño a aportar evidencia y que la entrevista fuera sobreanalizada y potencialmente se perdiera de vista el contexto<sup>31</sup>.

Casi todos los jueces dijeron que tomaban notas escritas de la entrevista. La mayoría de los jueces no creían que éstas se pudieran utilizar como pruebas ya que algunos de ellos destruían las notas después de dar información a las partes, en tanto otros las incorporaban al expediente de la causa<sup>32</sup>.

<sup>22</sup> Doogue 'A seismic shift or a minor realignment? A view from the bench on ascertaining children's views' (2006) 5 NZFLJ 198 en 198 y 204 citado en Caldwell y Taylor "Natural Justice and Judicial Meetings with Children: Documenting Practice within the New Zealand Family Court" (2013) NZFLJ 264.

<sup>23</sup> Caldwell y Taylor "Natural Justice and Meetings with Children: Documenting Practice within the New Zealand Family Court" (2013) NZFLJ 264.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Caldwell y Taylor, artículo en Nº 22 en 266.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Supra en 267.

<sup>30</sup> Supra en 268.

<sup>31</sup> Supra en 267.

<sup>32</sup> Supra en 268.

*Dar información a las partes sobre la entrevista judicial con el niño*

Los jueces entrevistados manifestaron que sólo brindaban información oral sobre la entrevista. Algunos entregaban un acta mecanografiada con notas de la entrevista, y un pequeño porcentaje entregaba la transcripción de las entrevistas grabadas<sup>33</sup>.

*Inquietud por la justicia natural en las entrevistas judiciales*

Respecto de este punto, los encuestados señalaron que si bien las entrevistas judiciales resultaban útiles, no cambiaban las reglas del juego, y que si cambiaban las reglas del juego, podrían plantear problemas de justicia natural. Realizar la entrevista durante la primera etapa de la audiencia y permitir observaciones de las partes podría ayudar a resolver los problemas de justicia natural. La mayoría de los jueces señalaron que los problemas teóricos de justicia natural no entraban en juego en la práctica, aunque un pequeño porcentaje expresó su preocupación por entrevistar a un testigo clave sin tener la oportunidad de hacer repreguntas a las partes.

*Conclusión*

Los autores señalaron que “se consideraba que el beneficio de las entrevistas judiciales tanto para el niño como para el juez, y la invariable práctica de hacer una devolución a los padres podría mitigar cualquier inquietud sobre el procedimiento”<sup>34</sup>.

**Juez Ian Mill – juez del Tribunal de Familia de Nueva Zelanda**

El juez Mill analizó 20 casos en 2007 que comprendían a 42 niños<sup>35</sup>. En 17 de los 20 casos se realizaron las entrevistas judiciales antes de completar la presentación de pruebas y el juez hizo la devolución a las partes antes de que la presentación de pruebas continúe o incluso comience<sup>36</sup>. El fundamento de esto es que en los Tribunales de Familia de Nueva Zelanda todas las pruebas se presentan a través de declaraciones juradas antes del inicio de la audiencia. En consecuencia, se conocen los antecedentes, y realizar la entrevista en una etapa temprana del proceso significa que los padres tienen la oportunidad de tener en cuenta y responder cualquier devolución de la entrevista.

El autor mencionó los riesgos comúnmente identificados en las entrevistas judiciales a niños y luego abordó cada una de las inquietudes planteadas, que fueron las siguientes<sup>37</sup>:

- la competencia de los jueces para entrevistar a los niños y el posible daño a los niños a causa de ser entrevistados en un entorno artificial por una persona bien intencionada pero no entrenada;
- el potencial daño al debido proceso y a la justicia natural originado en las conversaciones privadas con los niños;
- que los jueces no puedan detectar si el niño está siendo inducido;
- potenciales dificultades creadas por los deseos del niño de hablar en confianza;
- incertidumbre por la forma de registrar la entrevista y la forma en la que se da la información a las partes.

*Competencia*

El juez Mill señaló que, si bien existe el riesgo de traumatizar o malinterpretar a los niños, los jueces se reúnen con los padres y otros testigos “que frecuentemente son mucho más complejos y falaces”<sup>38</sup>. Si bien los jueces de los tribunales de familia no son trabajadores sociales ni psicólogos, deben tomar decisiones y necesitan la mejor información posible para hacerlo.

Además, escuchar el punto de vista de un juez puede tener un efecto poderoso sobre los padres y puede ayudar a resolver el conflicto<sup>39</sup>. El juez Mill también señaló que los jueces frecuentemente tienen ayuda para interpretar los deseos del niño<sup>40</sup>. En este sentido, los jueces no se reúnen con los niños en el vacío. En todo los casos en los que se pueden determinar las opiniones del niño, estas opiniones habrán quedado asentadas en un informe del abogado del niño o en un informe psicológico.

*Neutralidad y debido proceso*

Entrevistar a un niño y no dejar registro en una transcripción de audio significa no respetar las normas de la justicia natural. Sin embargo, el juez Mill se refirió a un trabajo del profesor Caldwell que enfatizaba la flexibilidad de la justicia natural<sup>41</sup>. También se refirió a la decisión de la Cámara de los Loes en el caso *Official Solicitor vs. K*<sup>42</sup> en el que se sostuvo que la importancia dada a las normas de la justicia natural se podía modificar<sup>43</sup>.

En los 20 casos se entregó una devolución y las partes tuvieron la oportunidad de responder<sup>44</sup>.

<sup>33</sup> Supra en 269.

<sup>34</sup> Supra en 270.

<sup>35</sup> Mill “*Conversations with children: a Judge’s perspective on meeting the patient before operating on the family*” (2008) 6 NZFLJ 72.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Supra en 73.

<sup>38</sup> Supra en 74.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Supra en 74 y 75 citando el estudio de Caldwell “*Judicial Interviews with children: some legal background*” (2007) 5 NZFLJ 215, págs. 218 y 219.

<sup>42</sup> *Official Solicitor v K* [1963] 3 All ER 191.

<sup>43</sup> Arriba en N°. 36 en 75.

<sup>44</sup> Supra en 75.

*El amateur peligroso*

En ninguno de los casos se obligó al niño a hablar con el juez. Si bien la situación pudo resultar intimidatoria para los niños, los jueces pudieron llevar a cabo la entrevista en un entorno menos formal como las cámaras especialmente preparadas o el despacho del abogado del niño. El abogado puede preparar al niño con breves instrucciones antes de la entrevista<sup>45</sup>.

*Es mejor dejar las cuestiones forenses en manos de los expertos*

Si bien los jueces hacen hallazgos a partir de las entrevistas, a menudo, aunque no siempre, dichos hallazgos son poco significativos. Sin embargo, el autor sostiene que “tener una impresión de la intensidad de los sentimientos u opiniones de un niño, aunque parezca un elemento menor, puede ser decisivo”<sup>46</sup>. Algunos de los hallazgos en las entrevistas estudiadas fueron los siguientes<sup>47</sup>:

- o formarse una idea de la situación del niño y de su nivel de ansiedad;
- o observar la interacción entre cuatro niños que estaban separados por los acuerdos de cuidado;
- o apreciar la visión del niño sobre los problemas de los adultos;
- o percibir el rechazo de un niño a vivir con su padre cuando dicho rechazo no provenía de su madre;
- o las opiniones del niño fueron comunicadas adecuadamente;
- o el niño explicó detalladamente por qué quería vivir con uno de los padres;
- o escuchar nuevas denuncias de maltrato;
- o evaluar la intensidad de las opiniones del niño; y
- o determinar con claridad que el niño había sido influenciado.

*El niño influenciado*

En estos casos el juez Mill señaló que “lo mejor que puede hacer un juez es tratar de detectar cualquier indicio de que el niño está siendo influenciado y, en caso de duda, solicitar el asesoramiento de un experto”<sup>48</sup>.

*Confidencialidad*

En los casos estudiados cada juez señaló claramente al niño al inicio de la entrevista que se brindaría la información resultante de la entrevista a los padres<sup>49</sup>. Además, la probabilidad de que un niño revele información previamente desconocida para el juez se consideró de poco peso.

El hecho de que el juez reciba información confidencial puede tener varias consecuencias posibles:

- que el niño acuerde que se transmita la información a los padres;
- que se suspenda el proceso y se remita al niño a evaluación especializada o que se remita el caso a la autoridad correspondiente a causa del material que se está revelando;
- que el proceso continúe sin que se revele la información.

*La grabación*

El autor señaló que hay opiniones divergentes sobre la grabación en audio. Predijo también que gradualmente aumentará el uso de las grabaciones a medida que los jueces se sientan más cómodos con el proceso<sup>50</sup>.

**Robinson y Henaghan – “¿Niños oídos pero no escuchados?”**

Los profesores Mark Henaghan y Antoinette Robinson de la Universidad de Otago analizaron 120 casos resueltos según las disposiciones de la ley COCA entre 2005 y 2010<sup>51</sup>. La importancia de la opinión del niño fue convincentemente establecida de la siguiente manera:

“Como cada niño es único y nadie puede entender el punto de vista de un niño mejor que el propio niño, los jueces y otras personas que trabajen con niños o tomen decisiones que afecten a los niños *deben* esforzarse por entender *el punto de vista que tiene el niño* sobre su propio mundo, en lugar de hacer suposiciones a partir de ideas predeterminadas”<sup>52</sup>.

Una de las observaciones hechas por los autores con referencia a la exigencia de que se tome en cuenta la opinión del niño fue que si bien los jueces frecuentemente determinan el punto de vista del niño y algunas veces se debaten sobre el peso que les deben asignar a las opiniones expresadas, el estudio realizado demostró que rara vez los jueces manifiestan cómo están tomando en cuenta las opiniones que han recibido. Los autores señalaron:

*“Quizás los jueces piensen que esto está implícito en su debate sobre el peso a asignar al punto de vista del niño. Sin embargo, en los casos estudiados, frecuentemente no se debatió este aspecto o fue tratado en forma tan breve que no quedaba claro cómo el juez había tomado en cuenta los puntos de vista que se le presentaron”.*

Se hicieron varias recomendaciones respecto de cómo mejorar el artículo 6 de la ley COCA. Lo más importante es que los autores recomendaron que se capacite a los jueces y a los psicólogos sobre la teoría cultural y sobre cómo incorporar y tener en cuenta el punto de vista de los niños.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Supra en 76.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Supra en 77.

<sup>51</sup> Robinson y Henaghan “Children: heard but not listened to? An analysis of children’s views under s 6 of the Care of Children Act 2004 (2011) 7 NZFLJ 39.

<sup>52</sup> Supra en 46.

Este tipo de capacitación brindaría “la información técnica que subyace a los cambios a implementar en el artículo 6, y la capacitación práctica sobre cómo interactuar y hablar con niños de todas las edades”<sup>53</sup>.

Esta capacitación permitiría a los jueces aprovechar al máximo las entrevistas judiciales y avanzar en el proceso tomando en consideración las opiniones expresadas. La expectativa es que esto aumente la cantidad de entrevistas judiciales<sup>54</sup>. También promovería la justicia natural, posibilitando que los niños expresen mejor sus puntos de vista y que los mismos sean mejor comprendidos.

Otras posibilidades son que la participación del niño se extienda más allá de la audiencia judicial y que otras leyes, tales como la Ley de Violencia Doméstica de 1995 y la ley CYPFA promuevan el concepto moderno de la niñez (que los niños son individuos con derecho a ser escuchados) en el mismo sentido en que lo establece la ley COCA<sup>55</sup>.

### V: CONCLUSIÓN

Existe un claro énfasis legislativo en Nueva Zelanda sobre la necesidad de tomar en cuenta la opinión de los niños en las cuestiones que los afectan. Existen numerosas oportunidades en cualquier etapa de todo proceso para escuchar la voz del niño que es el sujeto de dicho proceso. Está claro, sin embargo, que existen oportunidades para mejorar.

Los problemas planteados respecto de la competencia y la aptitud de los abogados y los jueces para no simplemente escuchar lo que dice el niño, sino también entenderlo y tomar en cuenta el punto de vista del niño de una manera significativa y relevante para el proceso, son legítimos y no pueden ser desestimados ligeramente. Si bien los mecanismos como la entrevista judicial están bien establecidos en los procesos del tribunal de familia, todavía persisten distintos enfoques respecto del objetivo de dichas reuniones. La realidad es que el mecanismo continuará evolucionando, esperamos que de una manera que continúe garantizando que las personas más vulnerables y a la vez más importantes en el proceso judicial no sean tomadas como simples transeúntes sino como participantes con la capacidad de hacer contribuciones significativas y relevantes en las cuestiones que los afectan de manera directa.

El juez **Paul Geoghegan** es un juez de distrito que ejerce en los tribunales de distrito de juventud y familia. Fue designado para ocupar este cargo en el Tribunal de Distrito de Tauranga en 2003.

**Emily Stannard** tiene el título de Bachelor of Law y Bachelor of Arts de la Universidad de Otago. Actualmente es asesora de investigación de los jueces de distrito del Tribunal de Distrito de Tauranga.

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Supra en 47.

<sup>55</sup> Ibid.

## La voz del niño en los tribunales de familia portugueses: Protección y derecho privado

Jueza Beatriz Borges



### Resumen:

Este artículo se focaliza en la importancia de escuchar a los niños y jóvenes menores de 18 años en los tribunales portugueses en general, y en la evolución de la legislación portuguesa, que establece que los niños y jóvenes tienen derecho a ser escuchados. Este derecho tiene origen en la promulgación de la Ley para la promoción y protección de niños y jóvenes en riesgo de 1999<sup>1</sup> (en adelante denominada la Ley).

También se analiza aquí el derecho de los niños y jóvenes a participar y ser escuchados en lo que respecta a la disolución del matrimonio o la separación de sus padres, y en la reglamentación de las responsabilidades de los padres cuando se debe definir su lugar de residencia y el régimen de contacto entre los niños y sus padres.

### 1. Escuchar la voz de los niños y jóvenes en los tribunales portugueses

#### Principios de la Ley

Los principios que regulan el deber de escuchar a los niños y jóvenes fueron introducidos en Portugal con la publicación de la Ley.

Esta ley, según el artículo 69 de la Constitución Portuguesa, apuntaba a adaptar los derechos de los padres para reflejar la libertad y la autodeterminación de los niños, que por primera vez eran vistos como titulares de derechos en lugar de personas incapaces de ejercer sus derechos plenamente durante la etapa de sus vidas en la que no han alcanzado un desarrollo total y aún necesitan ayuda y protección.

Por lo tanto, la Ley y otras leyes subsiguientes han considerado niños o jóvenes en general a todas las personas menores de dieciocho años o a las personas que siendo menores de veintiún años han sido objeto de una medida de protección de un tribunal antes de cumplir dieciocho años, en conformidad con los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York en 1989 y aprobada por el Parlamento Portugués mediante la Resolución 20/90 del 12 de septiembre.

#### Alcance de los derechos

A los niños y jóvenes no se les conceden los mismos derechos que a los adultos.

Los derechos que no se les asignan a los niños y jóvenes son ejercidos por:

- los padres o, en caso de ausencia o incapacidad de los padres, por
- una persona designada por el juez (conocida como tutor<sup>2</sup>),
- el fiscal<sup>3</sup>,
- el tribunal mismo<sup>4</sup> o
- incluso un comité de protección<sup>5</sup>.

Excepcionalmente, un joven de más de dieciséis años puede, siempre que esté autorizado por sus representantes legales<sup>6</sup>, administrar y disponer de los activos que ha adquirido a través de su trabajo y puede llevar adelante actividades comerciales cotidianas según se lo permitan sus habilidades naturales, pero solo cuando los montos de dinero involucrados sean pequeños y el dinero sea ganado a través del ejercicio de una profesión o un oficio.

Un punto que se debe destacar es que en los **procesos de adopción**<sup>7</sup> los niños y jóvenes mayores de doce años<sup>8</sup> tienen derecho a que se les consulte sobre su futuro y se obtenga su consentimiento para una potencial adopción.

#### Representación

En los tribunales, como regla, los niños y jóvenes menores de dieciocho años son representados por los padres, y ambos padres deben estar de acuerdo si desean proponer acciones en el tribunal para defender o promover los intereses

<sup>2</sup> Una persona a la que le interesa el bienestar del niño (familiar, vecino)

<sup>3</sup> Por ej., autorización para la enajenación de bienes, artículo 5 del Decreto Ley 272/2001 del 13 de octubre.

<sup>4</sup> Por ej., partición extrajudicial, artículo 1889 del Código Civil.

<sup>5</sup> Autorización para la participación en espectáculos o actividades culturales, artísticas o publicitarias (Ley 105/2009 del 14 de septiembre).

<sup>6</sup> Artículo 127 del Código Civil.

<sup>7</sup> Artículo 1981, párrafo 1, letra a), Código Civil.

<sup>8</sup> Artículo 1984, punto a.

<sup>1</sup> Ley 147/1999 del 1 de septiembre

de sus hijos. Pero, como mencioné, el interés superior del niño es de importancia primordial<sup>9</sup> en los tribunales; los intereses de los padres son secundarios.

La defensa del interés superior de un niño/joven es llevada adelante por sus representantes legales<sup>10</sup>, salvo que haya un conflicto de intereses entre los padres o tutores legales y el niño, caso en el cual se **debe** designar a un abogado o la presentación de su caso corresponde en última instancia al fiscal.

Desde 1999 se ha enfatizado que, en **demandas de tutela civil**, son aplicables los principios contenidos en la Ley, *entre ellos*:

- la preeminencia del interés superior del niño;
- el derecho del niño a participar y ser escuchado en el proceso;
- la admisibilidad de declaraciones contradictorias en la recolección y el análisis de las pruebas;
- la intervención y el uso de servicios de mediación; y
- la coordinación entre las decisiones tomadas en las jurisdicciones civiles y penales en los casos en que la jurisdicción penal ha ordenado medidas tutelares.

### 2. Derechos y obligaciones de los niños y jóvenes según el derecho civil y la legislación procesal civil

En cuanto a la capacidad del niño o joven de prestar testimonio ante un tribunal, la Ley detalla ciertos derechos relativos a su participación en los procesos y en las audiencias que se relacionan directamente con ellos, por ejemplo:

- audiencias de promoción del bienestar y la protección del niño o joven;
- decisiones sobre el ejercicio de las obligaciones de los padres;
- divorcio;
- tutela, etc.

En las demandas civiles se realiza una audiencia de amplio alcance<sup>11</sup> que permite al juez admitir o excluir cualquier testimonio o audiencia basándose en la aptitud física o mental del deponente. La evaluación del testimonio queda a discreción exclusiva del juez<sup>12</sup>.

No obstante, como norma, esta laxitud se ve restringida en algunas demandas civiles que involucran a los padres porque en éstas los familiares se pueden negar a testificar<sup>13</sup>. Tales demandas pueden estar relacionadas con

desalojo de la vivienda, compra y venta de bienes, nulidad de contratos, etc.

En los procesos civiles, los niños y jóvenes que testifican deben respetar las normas de presentación de pruebas aplicables a los adultos<sup>14</sup> y pueden, en particular, ser escuchados directamente por el tribunal o por teleconferencia en el tribunal que corresponde a su residencia, aunque no sea el tribunal donde se tramita el juicio<sup>15</sup>.

Como primer paso, el tribunal evaluará la aptitud del niño/joven para prestar declaración, teniendo en cuenta que su testimonio puede ser refutado por la parte contraria. El interrogatorio es llevado a cabo por el asesor letrado de la parte involucrada, y el juez interviene, sustituyendo al asesor letrado si resultara necesario para no perturbar demasiado al niño testigo<sup>16</sup>.

Cuando hay dificultades graves para que un testigo comparezca ante el tribunal y siempre que las partes estén de acuerdo, se puede prestar testimonio por escrito respondiendo a preguntas formuladas previamente por el tribunal que sean de conocimiento del testigo. Al prestar testimonio<sup>17</sup> de esta forma, un testigo no se debe exponer a cargos por perjurio.

Con el objetivo de acelerar y facilitar la conclusión del proceso, se puede usar el teléfono como recurso para obtener cualquier aclaración necesaria para la correcta determinación del caso, siempre que se haya obtenido el consentimiento previo de las partes para proceder de esta forma y para actuar con debida diligencia<sup>18</sup>.

Es posible que los hechos o las circunstancias que ha relatado el niño/joven en su testimonio sean impugnadas/objetadas<sup>19</sup>, lo cual puede afectar su credibilidad, y también es posible que su testimonio sea confrontado<sup>20</sup> con un testimonio opuesto prestado por otra persona.

El juez también tiene la facultad de citar como testigo a cualquier persona que no haya sido implicada por las partes pero que se sepa que conoce hechos importantes relevantes para la correcta resolución del caso<sup>21</sup>.

<sup>9</sup> Artículos 18 del Código Procesal Civil y arts. 1902, 1 y 1906, párrafos 1 y 2 del Código Civil.

<sup>10</sup> Artículo 23, párrafo 1 del Código Procesal Civil.

<sup>11</sup> Artículo 495 del Código Procesal Civil.

<sup>12</sup> Artículo 495 del Código Procesal Civil.

<sup>13</sup> Artículo 497 del Código Procesal Civil.

<sup>14</sup> Artículo 495, 526 del Código Procesal Civil.

<sup>15</sup> Artículo 500 del Código Procesal Civil.

<sup>16</sup> Artículo 602, párrafo 2, letra d) del Código Procesal Civil.

<sup>17</sup> Artículo 518 del Código Procesal Civil.

<sup>18</sup> Artículo 520 del Código Procesal Civil.

<sup>19</sup> Artículo 521 del Código Procesal Civil.

<sup>20</sup> Artículo 523 del Código Procesal Civil.

<sup>21</sup> Artículo 526 del Código Procesal Civil.

### 3. Características especiales del derecho de los niños/jóvenes a ser escuchados durante demandas civiles de promoción del bienestar y de protección de niños

Escuchar a los niños y jóvenes que se encuentran en riesgo es particularmente importante en todas las fases de las demandas de 'promoción y protección' diseñadas para garantizar su bienestar y desarrollo. Una 'medida de promoción y protección' puede:

- proporcionarles apoyo a los padres o a otros familiares,
- confiarle el cuidado del niño a una persona externa al núcleo familiar,
- promover la autonomía de los jóvenes para tener una familia de acogimiento o,
- como último recurso, encargarle el cuidado del niño o joven a una persona o institución, acreditada como agente para adopción, con miras a su adopción futura.

Se presume que el niño o joven está en riesgo cuando su seguridad, salud, educación, capacitación y desarrollo son inadecuados y aquellos que tienen el deber de eliminar dicho riesgo no lo han hecho.

Dado que estos procesos se inician en entidades administrativas oficiales (como comités de protección y servicios sociales para el apoyo de niños y jóvenes), se requiere que los niños o jóvenes **mayores de doce años** acepten la jurisdicción de estas entidades.

Lo mismo se aplica cuando el niño es **menor de doce años**, si la oposición del niño es considerada relevante por los organismos administrativos y por el tribunal en el cual se tramita el caso.

El derecho del niño o joven a ser escuchado y el derecho a participar se establece como lineamiento en todos los procesos obligatorios de protección y en la definición de la medida que debe proteger mejor sus derechos<sup>22</sup>.

Además, un niño o joven —sea mayor o menor de doce años— puede **solicitar** la intervención del tribunal si el proceso administrativo se demora más de seis meses en los comités de protección.

Como mencioné anteriormente, en los procesos judiciales, la designación de un representante legal para el niño es obligatoria cuando los intereses del niño se encuentran en conflicto con los de sus padres o tutores legales. Además, la designación de un representante legal es obligatoria cuando se debate una propuesta de 'promoción y protección'.

### Interrogatorio reiterado de un niño o joven

Se debe evitar interrogar a los niños o jóvenes sobre el mismo tema en diversas etapas de los procesos de protección con el fin de no generar síntomas de rechazo al proceso, inquietud o angustia en el niño o joven.

### Continuidad del juez

El mismo juez examinará todos los expedientes de un mismo caso .por ejemplo regulación de responsabilidades parentales, tutela y medidas educativas .las cuales son de naturaleza penal.

Tanto el proceso civil como el penal serán sustanciados ante el juez en lo civil.

### Escuchar al niño o joven

Los niños y jóvenes de **doce o más años deben** ser escuchados siempre, bajo riesgo de que se invalide el proceso en caso de no ser escuchados.

Cuando el niño es **menor de doce años**, se mantiene el derecho a ser escuchado y el tribunal puede recibir asistencia de médicos, psicólogos u otros técnicos capacitados y de una persona confiable que pueda proporcionarle al niño información necesaria para comprender el objetivo de las medidas que se aplicarán con miras a superar la situación de riesgo en la que ha estado el niño.

El niño o joven puede abordar el proceso a través de un asesor o personalmente, si el juez está de acuerdo, dependiendo de la madurez demostrada por el niño o joven y su capacidad de comprender la naturaleza de los hechos en cuestión<sup>23</sup>.

Por último, el artículo 526 del Código Procesal Civil, a fin de preservar la **privacidad** del niño o joven, establece que los procedimientos y exámenes realizados en procesos de promoción y protección son de carácter reservado.

### 4. Disolución de lazos matrimoniales, sus consecuencias y escuchar al niño en lo que respecta a las relaciones entre los padres

#### Divorcio unilateral

Actualmente, la legislación portuguesa admite que el divorcio puede producirse sin el consentimiento del otro cónyuge a través de un tribunal de familia y menores, debiéndose escuchar al niño en forma similar que en otros procesos civiles y aplicando las normas relativas a la declaración de testigos que se describen más arriba.

<sup>22</sup> Artículo 4 de la Ley 147/99, del 1 de septiembre,

<sup>23</sup> Artículo 88, párrafo 4, de la Ley 147/99, del 1 de septiembre.

Se puede escuchar a los hijos de la pareja, aunque éstos se pueden negar a testificar, sobre hechos que pueden ser la causa del divorcio. Según el artículo 1781 del Código Civil, pueden ser escuchados acerca de:

- la separación *de facto* de los padres por más de un año consecutivo,
- cambio en las facultades mentales de uno de los cónyuges que dure más de un año y cuya gravedad comprometa la posibilidad de tener una vida en común,
- ausencia de uno de los cónyuges por un período no menor de un año, sin recibir ninguna noticia y, en general,
- cualquier hecho que, sin reparar en la culpa de los cónyuges, demuestre la ruptura definitiva del matrimonio.

### **Divorcio por mutuo consentimiento**

En el contexto de un divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges pueden recurrir en primera instancia a una Oficina del Registro Civil, si están de acuerdo en disolver su matrimonio, o transformar un proceso que inicialmente era de divorcio unilateral en un proceso de divorcio por mutuo consentimiento.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, los padres **deben** presentar un acuerdo previo sobre la reglamentación de sus obligaciones parentales respecto de sus hijos menores de edad para que su petición de divorcio pueda ser aceptada por el registro civil y por el tribunal de familia y menores.

El fiscal o el juez pueden, no obstante, tomar la perspectiva que el acuerdo entre los padres no respeta los derechos de los niños y determinar que las propuestas deben ser aclaradas escuchando la opinión del niño, para que se puedan eliminar todas las dudas y se pueda aceptar el régimen propuesto de reglamentación de las obligaciones parentales.

### **5. Escuchar a los niños y jóvenes en los procesos de reglamentación del ejercicio de las obligaciones parentales y otras demandas civiles en tribunales juveniles**

#### **Proceso de jurisdicción voluntaria**

Fuera de los procesos de litigio matrimonial o divorcio por mutuo consentimiento, la reglamentación de las obligaciones parentales siempre se realiza en un tribunal ... En esos casos, la audiencia de los padres, la familia extendida y los niños se celebra bajo las normas aplicables a los procesos de jurisdicción voluntaria.

### **Resolución de desacuerdo en cuanto a las obligaciones parentales**

En general la reglamentación de las obligaciones es obligatoria cuando los padres o aquellos que ejercen la patria potestad sobre los niños no están de acuerdo en cuanto a la forma de ejercerla y cuando los padres no tienen una vida en común, vivan o no bajo el mismo techo.

En caso de que no haya consenso o en caso de inacción por parte de los padres para ejercer sus obligaciones, el fiscal público exige la reglamentación de las obligaciones parentales.

Después de la presentación de una petición de modificación de las obligaciones parentales, se realiza una audiencia dentro de los siguientes quince días en la cual se debe escuchar siempre a los niños de doce años o más.

Si el niño es **menor de doce años** será escuchado cuando se considere adecuado, siempre teniendo en cuenta su grado de madurez y especialmente cuando se prevea la posibilidad que el niño sea llevado al extranjero por uno de los padres sin autorización.

Si los padres o quienes ostentan la patria potestad sobre el niño no logran llegar a un acuerdo durante la audiencia, las obligaciones parentales son determinadas por el tribunal, que, primero y principal, actúa en pos de los intereses del niño o joven, independientemente de quién tenga la tenencia.

#### **Contacto**

Otro aspecto relevante es el régimen de visitas o contacto social entre el niño o joven y sus padres. Debido a la disolución del matrimonio o la separación de los ex cónyuges, el niño o joven vivirá con uno de los padres, pero se espera que socialice con el otro.

Escuchar al niño o joven es importante para establecer su régimen de encuentros con el padre con el que no reside. Por lo tanto, el tribunal debe prestar atención a las preferencias y los deseos del niño o joven con respecto a estos encuentros, teniendo en cuenta la disponibilidad de los padres, sus compromisos laborales y tipo de trabajo así como la proximidad del niño con el padre con el que no reside.

Se considera que, siempre que sea posible, debe haber amplias oportunidades de contacto entre los niños y ambos padres para que haya una verdadera cooperación entre ellos que asegure el desarrollo adecuado de los niños, a pesar de la separación de la pareja.

Aunque se escuche la opinión del niño o joven sobre la forma en que se realizarán los encuentros con el padre con el que no reside, el tribunal siempre decide en pos del interés superior del niño.

### Residencia

El lugar de residencia del niño debe ser establecido en pos de su interés superior, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes.

Se debe consultar al niño o joven sobre su vida cotidiana para poder comprender sus sentimientos. Siempre debe estar claro que se ha escuchado su opinión, pero que la decisión final será tomada por sus representantes legales o por el tribunal si no hay consenso entre el niño y los padres.

### 6. Conclusiones:

- Según la Ley y la Convención sobre los Derechos del Niño firmada en Nueva York en 1989 y ratificada en Portugal por la Resolución Parlamentaria 20/90 del 12 de septiembre, la legislación portuguesa sostiene que los niños y jóvenes menores de dieciocho años son titulares de derechos y obligaciones y no son seres inferiores privados de capacidad jurídica en comparación con los adultos en general.

- Dicha Ley y otras leyes subsiguientes reconocen el derecho vinculante de los niños y jóvenes menores de dieciocho años a ser escuchados y participar en la promoción de las medidas de protección que se pueden aplicar cuando se encuentran en riesgo.

- La Ley también define el derecho de los niños y jóvenes a intervenir en su propio interés y para su propia protección. Deben estar presentes, o representados por un asesor letrado, con total independencia de sus padres para proteger sus propios intereses y apelar contra medidas que se les puedan aplicar<sup>24</sup>.

- Incluso antes de la adopción de la Ley, un niño o joven podía prestar testimonio en casos civiles, según la relevancia de su testimonio y su grado de madurez y desarrollo, independientemente de su edad, siempre que su testificación respetara las normas generalmente aplicadas a los adultos.

- En las demandas de divorcio de los padres, independientemente de su edad, los niños y jóvenes pueden ser escuchados como testigos sobre los hechos que pueden ser relevantes para las decisiones del tribunal, pero pueden negarse a testificar por razón de lazos familiares.

- En procesos de tutela civil, como los de reglamentación de las obligaciones parentales, el niño tiene derecho a ser escuchado y es representado en el proceso por el fiscal civil.

- Los principios rectores definidos en la Ley tienden a ser progresivamente implementados en la legislación portuguesa combinando los principios tradicionales del derecho civil y los derivados de las demandas civiles. Es decir que se aplican los siguientes principios:

- preeminencia del interés superior de los niños y jóvenes,
- impugnación/objeción de testimonios,
- implementación de la mediación privada y
- consideración de otros intereses legítimos en vista de la pluralidad de los intereses involucrados.

**Beatriz Borges\*** es jueza de familia y menores en el tribunal de primera instancia de Faro, Portugal, y tiene una maestría en procesos civiles de protección de menores de edad..

---

<sup>24</sup> Artículos 103, párrafo 2 y 122, párrafo 2 de la Ley mencionada.

## Participación de los niños en el sistema de audiencias de niños

Nick Hobbs y  
Malcolm Schaffer



Nick Hobbs

Hace ya cincuenta años el comité presidido por un juez escocés de vasta experiencia, Lord Kilbrandon, elevó un informe. El mandato del comité era:

*'considerar las disposiciones de la legislación escocesa relativa al tratamiento de delincuentes juveniles y jóvenes con necesidades de cuidado y protección o que se encuentran fuera del control de sus padres y, en particular, la creación, la asignación de las facultades y de los procedimientos de los tribunales que deben atender estos problemas'.*

El informe Kilbrandon, como se lo conoció, tuvo una gran influencia en las leyes sobre el cuidado de los niños en Escocia, influencia que continúa vigente y sigue siendo relevante hasta la fecha. Llevó a la creación del sistema de audiencias de niños en Escocia como principal mecanismo para tratar con los niños en problemas y quedó incorporado a la legislación a través de la Ley de Trabajo Social (Escocia) de 1968. Algunos de los principios esenciales de la reforma fueron:

1. Que las decisiones relativas a los niños deben separarse de la determinación de hechos que era función de los tribunales, y las decisiones respecto de qué medidas de cuidado pueden resultar necesarias pueden ser tomadas más apropiadamente por un tribunal lego de miembros de la comunidad seleccionados especialmente.
2. Que las decisiones respecto de los niños deben basarse en el bienestar del niño, independientemente de si el niño ha sido remitido por su conducta o por la forma como fue tratado por terceros.
3. Que estas decisiones son más efectivas si se involucra a la familia en el proceso de decisión.



Malcolm Schaffer

En relación con la participación de los niños y la importancia de conocer sus puntos de vista el informe Kilbrandon decía muy poco, lo que refleja el enfoque que se tenía en ese momento, cuando la voz de los niños tenía menos importancia que hoy, aunque se debe tener en cuenta que la Ley de Trabajo Social (Escocia) de 1968 contenía una disposición exigiendo la asistencia de los niños a las audiencias y la posibilidad de que los niños estén acompañados por un amigo o por alguien que los asista. Sin embargo, no se proporcionaba asistencia legal para la audiencia de niños, sólo se proporcionaba en la etapa de juicio en caso de que se objetaran los fundamentos para llevar al niño a una audiencia o cuando se presentaba una apelación contra la decisión de la audiencia.

El advenimiento de jurisprudencia sobre derechos humanos en los últimos veinte años ha marcado una tendencia a poner mayor énfasis en los derechos de participación, desplazando al enfoque más paternalista de bienestar que era más prevalente en los primeros años del sistema de audiencias. Incorporando las observaciones de los tribunales, se introdujo un sistema en 2001 que consistía en entregar una copia de todos los informes presentados a las audiencias a todos los niños juzgados con un nivel de madurez suficiente como para entender. En 2009 se introdujeron regulaciones para permitir la representación legal de los niños en las audiencias en las que se corría el riesgo de que se tome una decisión que los privara de su libertad, por ejemplo ubicarlos en instituciones de reclusión. Se brindaba representación legal a través de un panel de representantes legales designados por las autoridades locales.

Más recientemente, en junio de 2013, entró en vigencia la Ley de Audiencias de Niños (Escocia) de 2011, que introdujo diversas medidas de reforma del sistema. Mejorar la participación de los niños comenzó a ser visto como un objetivo primordial de la nueva legislación. Para este fin:

1 La responsabilidad de brindar representación legal a los niños en las audiencias fue transferida de las autoridades locales al Consejo Escocés de Asistencia Legal. Al Consejo se le encomendó la tarea de introducir un sistema de control de calidad para garantizar que los profesionales que prestan asistencia legal estén registrados, habiendo demostrado que cuentan con la experiencia y los conocimientos necesarios para desempeñarse en esta área. Luego el Consejo introdujo un código de práctica que establece las normas a las que deben adherir los representantes.

2 Se asignó a la presidencia de la audiencia la responsabilidad de garantizar que los informes presentados por profesionales, tales como los trabajadores sociales, reflejen adecuadamente la perspectiva del niño.

3 Se introdujeron otras disposiciones que reafirman la posibilidad de que el niño presente documentación por escrito a la audiencia y que la audiencia hable con el niño solo, sin la presencia de los padres o de terceros, y también permite que las opiniones expresadas por el niño no se comuniquen a los padres si dicha información puede ocasionar un daño significativo al niño.

4 Además de las disposiciones sobre asistencia legal, la ley introdujo la disposición de que los Ministros deben poner servicios de asesoría a disposición de los niños que asisten a las audiencias y que necesitan más apoyo que el que regularmente presta un abogado. Esta disposición todavía no se ha implementado y su potencial alcance todavía no está claro.

Si bien estas disposiciones sustentan el propósito de asegurar mayor participación de los niños, la legislación no puede resolver el problema por sí misma y se hacen necesarios cambios importantes en la cultura y la práctica de las organizaciones involucradas.

Esta perspectiva ha sido referida por diversos trabajos de investigación, elaborados principalmente por jóvenes que han tenido una experiencia directa con el Sistema de Audiencias. Entre estos documentos, que se pueden consultar en la página de Internet de la Asociación Escocesa de Asesores de Niños (SCRA) website-[www.scra.gov.uk](http://www.scra.gov.uk)- se encuentran:

- Reforma del Sistema de Audiencias de Niños, la perspectiva del Parlamento de los Niños de 2010
- La voz de los Niños de Escocia, Who Cares? (Escocia) 2011

- Las opiniones de los jóvenes sobre las decisiones, los servicios y los resultados – SCRA y Aberlour 2011

Estos informes reúnen muchos elementos comunes: señalan la importancia de escuchar y de mantener el respeto por los jóvenes para merecer su confianza, recomendaciones a los miembros del panel, a los asesores y a los trabajadores sociales. Respecto de la SCRA, critican la calidad de nuestras comunicaciones escritas y los folletos informativos, así como algunos otros aspectos materiales como la disposición de los centros de audiencias y en particular las áreas de recepción. El trabajo descrito en este trabajo está muy influenciado por dichos informes. A fin de lograr incorporar estos cambios, debemos tener en claro qué queremos decir con 'participación'. Tradicionalmente el énfasis estaba puesto en la capacidad del niño de expresar sus puntos de vista en la audiencia o en la sala del tribunal. Las disposiciones legislativas refuerzan esta perspectiva con el artículo 27(3) de la Ley de 2011 que dispone que la Audiencia o el Auxiliar de Justicia, en la medida de lo practicable y teniendo en cuenta la edad y el nivel de madurez del niño:

*(a) de al niño la oportunidad de indicar si desea expresar sus opiniones.*

*(b) si el niño desea hacerlo, darle la oportunidad de expresarlas, y*

*(c) tomar en consideración las opiniones expresadas por el niño.*

No obstante, no es suficiente con estar satisfecho de que cada niño se ha expresado en la audiencia o en la sala del tribunal, de que ha respondido las preguntas o ha expresado un punto de vista. La participación no consiste solamente en un juego de números, también debe haber presente un elemento cualitativo. A fin de dar pleno efecto a la intención política de la Ley de 2011, debemos apuntar a lo que se podría denominar "participación informada". En otras palabras, el niño que asiste a la audiencia entiende las causas de la remisión y entiende por qué se ha convocado una audiencia, sabe quiénes estarán presentes y cuáles son los roles de cada uno, entiende sus derechos en el procedimiento y qué decisiones puede tomar la audiencia. Lo que es más importante, ha considerado lo que desea que ocurra en términos de la decisión de la audiencia. La expresión de una opinión en la audiencia es, en otras palabras, la culminación de un proceso más largo orientado a asegurar que la participación del niño sea significativa, considerada y efectiva.

Para lograr esto la SCRA creó en 2010 un Grupo de Participación integrado por personal de toda la organización que se reúne para considerar cómo lograr el compromiso de mejorar la participación. En 2012, nuestra organización gemela,

Audiencias de Niños de Escocia<sup>1</sup> se integró al grupo, lo que permite un enfoque más holístico de los temas y el trabajo colaborativo para introducir cambios en forma más efectiva en el sistema.

Desde el inicio el grupo ha reconocido que no existe una solución mágica para mejorar los niveles y la calidad de la participación. Cada niño es diferente en términos de edad, capacidad, madurez y confianza y necesita distintos tipos de servicios de apoyo. El objetivo es posibilitar una diversidad de vías para incrementar las probabilidades de que haya por lo menos una que se adapte a cada niño en particular.

En esta etapa puede ser útil describir en términos simples el proceso que sigue un niño a medida que avanza por el sistema a fin de poner el resto del artículo en contexto. Cualquier persona puede remitir un niño al Asesor, pero la mayoría de las remisiones provienen de la policía o del departamento de trabajo social. Las razones para la remisión se establecen en el Artículo 67 de la Ley de Audiencias de Niños (Escocia) de 2011<sup>2</sup>, pero las más comunes son: falta de cuidado por parte de los padres, exposición a un individuo que ha cometido actos de violencia doméstica o que el niño presuntamente ha cometido un delito. Cuando se hace la remisión de un niño, el Asesor lleva a cabo una investigación/evaluación. Algunos de los factores tomados en cuenta son: la evidencia que sustenta el o los motivos de la remisión, el nivel de preocupación respecto de las necesidades y conductas del niño y el nivel de cooperación con las agencias. Todos los factores a tener en cuenta están contenidos en el Marco de Orientación para los Asesores en la toma de decisiones de la SCRA<sup>3</sup>, que se pueden consultar en nuestra página de Internet [www.scra.gov.uk](http://www.scra.gov.uk).

Al hacer esta evaluación de la necesidad de intervención obligatoria, el Asesor se basa en la información proporcionada por otras agencias, más comúnmente por personal de Trabajo Social y Educación a quienes frecuentemente se les solicita que presenten informes de los antecedentes sociales y de la asistencia y conducta del niño en la escuela (si corresponde) además del involucramiento del niño con los servicios. Las agencias o individuos que tengan conocimiento de las circunstancias del niño pueden proporcionar mayor información.

En la mayoría de los casos el trabajador social recomienda un curso de acción, pero finalmente es el Asesor quien debe decidir si existe la necesidad de intervención obligatoria o si otras medidas serían más apropiadas y efectivas para abordar las necesidades y problemas de conducta del niño. Si hiciera falta aplicar medidas obligatorias, el Asesor debe disponer una audiencia.

La audiencia se lleva a cabo con un panel de tres integrantes legos, voluntarios de la comunidad local a quienes se les brinda capacitación especial para tomar decisiones que velen por el interés superior del niño. La audiencia escuchará las circunstancias del niño y las analizará con el niño y con sus padres o cuidadores antes de tomar una decisión sobre qué medidas de supervisión podrían ser necesarias. A pesar de su forma de funcionamiento relativamente informal, la audiencia es un tribunal legalmente constituido y sus decisiones son vinculantes para el niño y para la autoridad local que debe aplicarlas.

Reconociendo la necesidad de garantizar que los niños estén informados sobre el sistema y sobre sus derechos desde el inicio del proceso, una de las áreas clave de trabajo del Grupo de Participación en su fase inicial es la comunicación, más específicamente en la forma de folletos y cartas. Se elaboraron diferentes materiales orientados a distintos grupos de edades que cubrían las cosas más importantes que los niños y los jóvenes debían saber sobre el sistema de audiencia de niños. Entre los recursos más importantes podemos mencionar un libro de historietas dirigido a los niños más pequeños<sup>4</sup>, que relata la historia de dos niños llamados Chloe y Billy y su experiencia con el sistema de audiencias. El libro resultó de gran utilidad para los trabajadores sociales que buscaban una forma de explicar el sistema a los niños más pequeños. Luego se lo produjo como un libro para colorear de modo de alentar a los niños a participar y proporcionarles una experiencia más interactiva.

Otro elemento importante que se agregó a nuestros materiales fue el juego de póster y postal “*Your Rights*” (Tus derechos). Estos materiales hablan sobre los derechos que asisten a los niños y jóvenes en el sistema en un idioma apto para los niños, incluyendo el derecho a que se escuchen las opiniones del niño y el derecho a ir a las audiencias acompañados por un representante. Se incluyen estos materiales en la correspondencia que se envía a los niños y también se los exhibe en forma de póster en todos los centros de audiencias.

---

<sup>1</sup> [www.chscotland.gov.uk](http://www.chscotland.gov.uk)

<sup>2</sup> [http://www.legislation.gov.uk/asp/2011/1/pdfs/asp\\_20110001\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/asp/2011/1/pdfs/asp_20110001_en.pdf)

<sup>3</sup> [http://www.scra.gov.uk/cms\\_resources/Framework%20for%20Decision%20Making%20by%20Reporters.pdf](http://www.scra.gov.uk/cms_resources/Framework%20for%20Decision%20Making%20by%20Reporters.pdf)

---

<sup>4</sup>

[http://www.scra.gov.uk/cms\\_resources/Framework%20for%20Decision%20Making%20by%20Reporters.pdf](http://www.scra.gov.uk/cms_resources/Framework%20for%20Decision%20Making%20by%20Reporters.pdf)

Existe el reconocimiento de que si simplemente se entregan materiales en forma escrita se corre el riesgo de excluir a algunos niños y de que debemos explorar formas más creativas de presentar la información importante. Con este propósito, la SCRA ha producido dos películas breves<sup>5</sup> referidas a la asistencia a las audiencias y a los tribunales. El propósito de estos trabajos es desmitificar el proceso y mostrarles a los niños qué pueden esperar, además de informarles sobre posibles recursos de apoyo e informarles dónde pueden recurrir para buscar información adicional.

Algo importante para alentar la participación es que los niños se sientan cómodos en el entorno en el que se lleva a cabo la audiencia. Siguiendo las recomendaciones recibidas a través de la iniciativa *Modern Apprentices* de la SCRA (ver más abajo), las salas de audiencias y las salas de espera han sido pintadas con colores más brillantes, menos "institucionales", decoradas con ilustraciones, stencils y calcomanías y equipadas con una gran variedad de juguetes y juegos apropiados para las edades de los asistentes. Esto es parte de las nuevas normas diseñadas para garantizar que los centros de audiencias resulten accesibles y aptos para los niños. La SCRA también ofrece a los niños la posibilidad de llevar a cabo visitas previas a la audiencia, lo que les da la oportunidad de ver la sala de audiencias y de que el Asesor les explique lo que ocurrirá ese día, quiénes estarán presentes, dónde se sentarán y otros datos. De este modo los niños también tienen la oportunidad de hacer preguntas y aún de informarle al Asesor lo que quieren decir en la audiencia. El Asesor les ofrecerá volcarlo por escrito y entregar la información a los integrantes del panel.

Otro mecanismo destinado a que los niños expresen sus puntos de vista es el formulario *All About Me* (Todo sobre mí).<sup>6</sup> Este material es enviado por el Asesor en formato apropiado para cada edad, conjuntamente con los documentos de la audiencia. Es una herramienta estructurada para que los niños expresen una visión sobre el rango de problemas que pueden resultar de interés para la audiencia, incluyendo el lugar donde viven, con quién tienen contacto y qué es lo que querrían que ocurra en el futuro.

Por supuesto que es importante recordar que siempre los familiares pueden ser una de las fuentes más importantes de apoyo para un niño. La SCRA produce una variedad de materiales

orientados a asegurar que los padres y los cuidadores<sup>7</sup> entiendan que el sistema de audiencias puede ayudar a informar y dar apoyo al niño durante todo el proceso.

Si bien el período previo a la audiencia es importante, también existe la clara necesidad de garantizar que existan mecanismos en la audiencia para dar apoyo y alentar la participación de los niños. Para los miembros del panel, *Children's Hearings Scotland* ha producido varias Normas Nacionales<sup>8</sup>. La norma 1.3 dispone:

*"Los integrantes del panel ayudarán y alentarán a cada niño o joven a participar en su audiencia".*

Una parte significativa de la capacitación ofrecida a integrantes del panel está orientada a ayudarlos a cumplir con este rol. Como se señaló anteriormente, una de las formas de hacerlo es hablar con los niños en forma individual si consideran que la presencia de uno o más adultos inhibe al niño y resulta un obstáculo para que hable.

El Grupo Participación ha considerado las herramientas que podrían resultar útiles para que los integrantes del panel fomenten la participación de los niños durante la audiencia. En 2011 se elaboró un juego de tarjetas didácticas que se le pueden entregar al niño al comienzo de la audiencia. La tarjeta simplemente dice "Esta audiencia es sobre mí" y se la puede levantar en cualquier momento para indicar que el niño tiene algo que decir. En una evaluación se concluyó que eran particularmente efectivas para niños de siete y ocho años, aunque no tanto para niños más grandes y adolescentes.

Si bien la principal responsabilidad de facilitar la participación del niño en la propia audiencia recae en los integrantes del panel, el Asesor tiene un rol muy claro en facilitar que se lleve a cabo un procedimiento justo. Esto comprende estar alerta a las necesidades de los niños y garantizar que tengan la oportunidad de expresarse.

Además, hay otros integrantes del sistema de audiencias que tienen un rol que desempeñar. Por ejemplo, la audiencia puede designar un funcionario independiente denominado Garante para asegurar que se respete el interés superior del niño. Los Garantes son seleccionados entre un panel nacional y provienen de distintas profesiones, incluyendo abogados, trabajadores sociales, oficiales de policía y Asesores. Si bien el rol del Garante se centra en ofrecer recomendaciones a la audiencia para promover el interés superior del niño, entre sus responsabilidades se cuenta hablar con el niño e incluir en el informe lo que haya podido

5

[http://www.scra.gov.uk/young\\_people/scra\\_information\\_leaflet\\_s\\_for\\_young\\_people.cfm](http://www.scra.gov.uk/young_people/scra_information_leaflet_s_for_young_people.cfm) and  
[http://www.scra.gov.uk/young\\_people/going\\_to\\_court.cfm](http://www.scra.gov.uk/young_people/going_to_court.cfm)

6

[http://www.scra.gov.uk/cms\\_resources/Teenager%20All%20About%20Me%20Electronic%20form.pdf](http://www.scra.gov.uk/cms_resources/Teenager%20All%20About%20Me%20Electronic%20form.pdf) and  
[http://www.scra.gov.uk/cms\\_resources/Children%20All%20About%20Me%20Electronic%20Form1.pdf](http://www.scra.gov.uk/cms_resources/Children%20All%20About%20Me%20Electronic%20Form1.pdf)

7

[http://www.scra.gov.uk/children\\_s\\_hearings\\_system/information\\_for\\_parents\\_and\\_carers.cfm](http://www.scra.gov.uk/children_s_hearings_system/information_for_parents_and_carers.cfm)

<sup>8</sup> <http://www.chscotland.gov.uk/about-chs/national-standards/>

determinar respecto de la mirada del niño, aún si no se refleja exactamente en la recomendación.

Algunos niños también pueden tener un representante legal en la audiencia y hay asistencia legal disponible para los procedimientos de audiencias de niños. Esta tarea, como mencioné antes, es administrada por el Consejo Legal Escocés<sup>9</sup>. Los abogados que llevan a cabo las audiencias de niños deben adherir a un Código de Prácticas<sup>10</sup>, que incluye las siguientes obligaciones:

*“...promover y facilitar la participación efectiva de los niños en las audiencias de niños y garantizar que el interés superior del niño continúe ocupando un lugar central en el proceso” y;*

*“...comunicarse con el niño/cliente de manera tal que pueda comunicar su punto de vista de una manera adecuada a la audiencia/tribunal”.*

La determinación de hechos dentro del sistema de audiencias se lleva a cabo en un tribunal ante un auxiliar de justicia y esto puede representar un desafío especial en términos de la participación del niño. La SCRA aplica una política que recomienda a los Asesores que eviten llamar a los niños como testigos a menos que no exista alternativa y resalta la obligación de los Asesores de brindar apoyo a los niños testigos antes, durante y después del proceso judicial. Los niños pueden ser excusados de asistir al tribunal, pero aún si necesitan asistir, hay otras formas de mitigar el impacto de lo que puede resultar una experiencia perturbadora. En Dundee existe un acuerdo por el cual los miembros del tribunal, incluso el auxiliar de justicia y el secretario del tribunal deben asistir al centro de audiencias. Esto permite que se lleve a cabo la audiencia en un entorno familiar para el niño y esperamos que esta práctica se extienda a todo el país dentro de lo posible.

Existe otro componente de la participación dentro del sistema de audiencias y la SCRA cuenta con un programa que permite a los jóvenes de 16 a 19 años ingresar a la organización como aprendices (*Modern Apprentices*). El programa fue desarrollado en forma conjunta con *Who Cares?* de Escocia y el Consejo de la Ciudad de Glasgow, y se lleva a cabo con el apoyo del gobierno escocés. El ingreso al programa se limitó exclusivamente a los niños y jóvenes que habían estado bajo cuidado (niños que estaban bajo el cuidado de la autoridad local, ya sea en su hogar o en otro centro) y que habían experimentado el sistema de audiencias de niños. Dos de los primeros grupos de *Modern*

*Apprentices* están trabajando en forma permanente para la organización, en tanto el próximo grupo está ahora en su segundo año en la SCRA. Se considera que el programa es un verdadero éxito y una forma de garantizar que se hagan oír las voces de los niños, no sólo en sus propias audiencias sino también en el contexto de la toma de decisiones dentro del sistema relativas a capacitación, reclutamiento, presupuestos, estrategia y política. Los aprendices trasladan las conclusiones de las investigaciones a las normas de la SCRA y a la forma en la que prestamos servicios a los niños. Muchas de las iniciativas reseñadas más arriba han sido el resultado de sus recomendaciones.

Antes de concluir, quizás vale la pena reflexionar sobre la cantidad de dificultades relacionadas con la participación que enfrentamos en el presente. La principal es la conciencia de que se requiere mayor énfasis en cuán bien estamos satisfaciendo las necesidades de determinados grupos de niños y jóvenes, especialmente cuando se deben considerar diversas vulnerabilidades o necesidades de apoyo. Hemos estado trabajando con el Consorcio Escocés para Discapacidades del Aprendizaje para revisar el contenido de nuestra página de Internet y nuestros materiales de comunicación para hacerlos más accesibles. También estamos en proceso de incorporar una Evaluación de Impacto de los Derechos de los Niños a nuestra actuales herramientas de Evaluación de Impacto sobre la Equidad para asegurarnos de estar considerando las necesidades de todos los niños y los jóvenes en la toma de decisiones de políticas y estrategias.

A fin de lograr nuestra meta de participación informada, tenemos que involucrar a otras partes del sistema de audiencias de niños, incluyendo los trabajadores sociales, el personal de educación y otros. Los profesionales que trabajan en forma directa con los niños y las familias tienen un rol clave que desempeñar para ayudarlos a entender y contribuir al proceso en forma efectiva. Para este fin hemos desarrollado un libro electrónico para el personal del área de Trabajo Social<sup>11</sup>, en el que se describe cómo pueden ayudar a preparar a un niño para una audiencia. También hemos estado trabajando con *Education Scotland* para asegurarnos de que la información sobre el sistema de audiencias esté disponible en las escuelas y accesible tanto para los maestros como para los estudiantes. No obstante, esta es un área de trabajo en constante evolución y se requiere más colaboración entre las agencias para que continúe evolucionando. En un tiempo de presupuestos limitados, esto puede resultar un desafío.

---

<sup>9</sup> <http://www.slab.org.uk/>

<sup>10</sup>

[http://www.slab.org.uk/export/sites/default/common/documents/profession/practitioner\\_info\\_guides/ChildrensRegisterandDuty/Code\\_of\\_Practice\\_in\\_relation\\_to\\_Childrenxs\\_Legal\\_Assistance\\_February\\_2013.pdf](http://www.slab.org.uk/export/sites/default/common/documents/profession/practitioner_info_guides/ChildrensRegisterandDuty/Code_of_Practice_in_relation_to_Childrenxs_Legal_Assistance_February_2013.pdf)

---

<sup>11</sup>

[http://www.scra.gov.uk/sites/scra/cms\\_resources/Social%20Work%20Protocol%20eBook.html](http://www.scra.gov.uk/sites/scra/cms_resources/Social%20Work%20Protocol%20eBook.html)

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

Finalmente, es importante recordar que el derecho a expresar una opinión incluye el derecho a no expresarla. Puede ser difícil determinar si el niño que calla, el niño que se sienta con los brazos cruzados y mirando hacia abajo negándose a establecer contacto visual o a involucrarse simplemente necesita más aliento y apoyo para expresar su punto de vista o si ha tomado la decisión sopesada e informada de no participar que debería ser respetada.

La voz del niño ha pasado a ser uno de los elementos más importantes del sistema de audiencias de niños y estamos muy orgullosos del progreso que hemos logrado en esta área. No obstante, también es un área en la cual tenemos menos espacio para ser complacientes. Las investigaciones continúan demostrando que todavía no hemos podido crear un entorno y un conjunto de medidas de apoyo que permitan a los niños y jóvenes que están en el sistema contribuir todo lo que nos gustaría y de la forma significativa en que nos gustaría. Seguimos comprometidos con hacer mayores avances en esta área y nos resultaría muy valioso establecer contacto con colegas de otros países que tengan experiencias o ideas para compartir.

**Nick Hobbs** es Director de Políticas y Asuntos Públicos de la Administración de Asesores de Niños, en la que trabaja desde 2006. Su trabajo se centra en colaborar con la SCRA para hacer recomendaciones e informar sobre políticas nacionales destinadas a los niños y las familias. Es miembro del Grupo de Participación de la SCRA, que tiene el objetivo de identificar oportunidades para mejorar las experiencias de los niños y los jóvenes dentro del sistema.

**Malcolm Schaffer** es asesor de niños desde 1974 y desde hace seis años ejerce como jefe de prácticas y políticas en la SCRA. Es responsable de dirigir a los asesores a nivel nacional y de formular políticas.

## La voz de los niños en el sistema legal polaco

Monica Horna y  
Justyna Podlewska



Monica Horna



Justyna Podlewska

En Polonia no existe un sistema integral de protección de los niños. El sistema polaco de gobierno y las instituciones gubernamentales locales no se asimilan a los “Servicios de Protección de Niños” dedicados exclusivamente a proteger y satisfacer los derechos de los niños. Tampoco existe una ley individual que se enfoque exclusivamente en los niños. Sin embargo, la Constitución de Polonia contiene disposiciones sobre las relaciones entre el Estado y los niños. El artículo 72 de la Constitución<sup>1</sup> establece las siguientes garantías:

1. *La República de Polonia protege los derechos del niño. Todos tienen derecho a exigir que las autoridades públicas protejan a los niños de la violencia, la crueldad, la explotación y el perjuicio moral.*

2. *Un niño que no goza de la protección de sus padres tiene derecho a recibir el cuidado y el apoyo de las autoridades públicas.*

3. *Al determinar los derechos del niño, las autoridades públicas y otras personas a cargo del menor deben escuchar y, en la medida de lo posible, tener en cuenta la opinión del niño.*

Por lo tanto, el niño tiene derecho: a ser escuchado, a expresar opiniones sobre cuestiones que le atañen y a que se considere su opinión cuando las autoridades públicas y otras personas toman decisiones. Esta norma se refleja en disposiciones legales específicas incluidas en el Código Procesal Civil y en el Código de Familia y Tutela. El primero obliga a los tribunales de familia y tutela (los “**Tribunales de Familia**”) que dirimen casos que involucran a menores a escuchar al niño, mientras que el segundo

establece estas obligaciones para los padres y tutores.

El único instrumento legal dedicado exclusivamente a los niños es la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Polonia en 1991. Es una constitución mundial sobre derechos del niño<sup>2</sup>. La consecuencia inmediata de la adopción de dicho instrumento ha sido la Ley del Defensor de los Derechos del Niño de 2000<sup>3</sup> y la posterior designación de un Defensor de los Derechos del Niño junto con su oficina. El artículo 1, en su segundo párrafo, define los objetivos del Defensor de la siguiente manera:

El Defensor tutela los derechos del niño tal como lo establecen la Constitución de la República de Polonia, la Convención sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones legales en lo que respecta a las responsabilidades, derechos y deberes de los padres. La legislación polaca amplió y fortaleció los poderes del Defensor al modificar la Ley de 2003 en el año 2008.

Asimismo, en Polonia existe una rama derivada del derecho civil (el derecho de familia) cuyas disposiciones se encuentran consagradas en el Código de Familia y Tutela de 1964<sup>4</sup> (el “**Código de Familia**”). Regula cuestiones tales como: consanguinidad, paternidad, maternidad y, sobre todo, la relación entre los padres y los niños, incluida la patria potestad y el cuidado adoptivo, el contacto con los niños, la adopción y el pago de alimentos.

<sup>1</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 1997 N.º 78, ítem 483 y sus modificaciones.

<sup>2</sup> Declaración del Defensor de los Derechos del Niño, Ministro Marek Michalak, en la conferencia sobre los “Derechos del Paciente Menor de Edad”, 29 de octubre de 2014.

<sup>3</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2000 N.º 6, ítem 69 y sus modificaciones.

<sup>4</sup> Texto uniforme - Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2012, ítem 788 y sus modificaciones.

### Situación de los niños en el sistema legal de Polonia

En Polonia, de acuerdo con el Código Civil de 1964, para ser considerado un adulto y tener plena capacidad legal, una persona debe tener 18 años. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su primer artículo la siguiente definición de este concepto: "niño" significa todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El derecho de familia polaco dispone una sola excepción a tal efecto: una mujer puede alcanzar la mayoría de edad a los 16 años si contrae matrimonio conforme a derecho luego de obtener el consentimiento de un Tribunal de Familia.

Un niño menor de 18 años se encuentra en la condición legal definida en la Ley del Código Civil de 1964<sup>5</sup> (en adelante el "**Código Civil**"). Por ende, un niño menor de 13 años no tiene capacidad jurídica, es decir, la capacidad de recibir y presentar declaraciones de intención con el objeto de crear, finalizar o modificar una relación jurídica. Un niño de entre 13 y 18 años de edad tiene capacidad jurídica limitada, es decir que puede realizar los siguientes actos:

- establecer acuerdos generalmente celebrados sobre aspectos menores cotidianos de la vida,
- disponer de sus ingresos, salvo que un Tribunal de Familia instruya lo contrario con fundamentos sustanciales,
- administrar bienes que le den sus representantes legales para su libre disposición,
- prestar su consentimiento al cambio de apellido,
- prestar su consentimiento a la adopción.

Como consecuencia de estas disposiciones, es necesario que haya personas adultas a cargo de la representación, orientación y tutela del niño. Hasta cumplir 18 años, el niño se encuentra bajo la órbita de la patria potestad, que incluye ante todo:

- la facultad y el deber de ejercer la tenencia del niño,
- la administración de los bienes del niño,
- la representación del niño (los padres son los representantes legales del menor).

Ambos padres poseen la patria potestad. Únicamente un Tribunal de Familia puede limitar, suspender o dejar sin efecto la patria potestad en casos en los que los padres la ejerzan de manera inapropiada, no puedan ejercerla o pongan en peligro al menor.

Para resguardar los intereses del niño en la relación con sus padres, el Código de Familia

impone restricciones a los padres en lo que respecta al alcance de la representación del menor. Ningún padre podrá representar al niño:

- en acciones legales entre niños que se encuentran bajo su patria potestad,
- en acciones legales entre el niño y uno de sus padres o el cónyuge de su padre o madre, salvo que la acción legal sea libre y a beneficio del niño o involucre el apoyo financiero y la formación que uno de los padres le debe al menor<sup>6</sup>.

Esta norma no se aplica únicamente a la vida social sino también a procesos ante Tribunales de Familia u otras autoridades del estado. Si ninguno de los padres puede representar al menor, la representación deberá ser ejercida por un tutor designado por un Tribunal de Familia.

En 2009<sup>7</sup> se introdujo una disposición legal en el Código de Familia que fortaleció la posición del niño en la vida familiar al darle el derecho a dar su opinión en cuestiones que lo atañen. Antes de tomar una decisión en casos importantes relacionados con el niño o sus bienes, los padres deben tener en cuenta el punto de vista del niño, si así lo permiten su desarrollo mental, salud y nivel de madurez, y satisfacer, en la medida de lo posible, los deseos razonables del niño. Es una materialización directa de la disposición ya mencionada de la Constitución y su incumplimiento puede ser considerado un ejercicio indebido de la patria potestad por parte de un Tribunal de Familia<sup>8</sup>.

### Obligación de escuchar al niño en los tribunales de familia y de tutela.

El deber de escuchar al niño, reconocer su opinión y, dentro de lo posible, tenerla en cuenta no solo recae en los padres sino también, como ya hemos mencionado al comienzo de este artículo, en los Tribunales de Familia que dirimen causas que involucran a niños. Esta obligación se encuentra consagrada en disposiciones específicas del Código Procesal Civil contenidas en sus artículos 216<sup>1</sup> y 576, párrafo 2. La primera disposición se utiliza en **juicios** ante Tribunales de Familia y obliga al Tribunal a escuchar al niño únicamente en casos que se relacionan exclusivamente con ese niño, es decir, en casos sobre la determinación de derechos no patrimoniales, patria potestad, divorcio, separación, determinación o negación del origen del niño, revocación del reconocimiento de un hijo

<sup>6</sup> Art. 98 (2) del Código de Familia y Tutela de Polonia.

<sup>7</sup> Ley del 6 de noviembre de 2008 que reforma la Ley del Código de Familia y otras leyes, Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2008 N.º 220, ítem 1431.

<sup>8</sup> Artículo 95, párrafo 4, texto uniforme - Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2012, ítem 788 y sus modificaciones.

<sup>5</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 1964 N.º 16, ítem 93 y sus modificaciones.

o de una adopción<sup>9</sup>. El niño no tendrá voz en casos sobre pago de alimentos.

El segundo párrafo del artículo 576 se utiliza en **procesos no contenciosos** y obliga al tribunal a tener en cuenta la opinión del niño en cuestiones de familia o tutela que involucran tanto al niño como a sus bienes, es decir, cuestiones relativas al contacto con un niño o a la designación de un tutor. En Polonia, la obligación de escuchar la opinión del niño es condicional: la voz del niño se escucha únicamente si se considera que su desarrollo mental, su condición de salud y su nivel de madurez lo permiten. Si se reúnen estos tres requisitos, el Tribunal **debe**:

- escuchar la opinión del niño en conformidad con los artículos 216<sup>1</sup> y 576, párrafo 2, del Código Procesal Civil;
- hacerlo fuera del juzgado; y
- tener en cuenta la opinión del niño y sus deseos razonables si las circunstancias lo permiten.

El procedimiento de escucha del niño constituye una etapa procesal extraordinariamente singular. No es una audiencia normal ni constituye al niño en parte. Sin embargo, otorga al niño el derecho a expresar sus pensamientos y sentimientos directamente ante el juez que preside el proceso. Sin embargo, la actividad del Defensor de los Derechos del Niño<sup>10</sup> y experiencias clínicas de la Fundación *Nobody's Children*<sup>11</sup> demuestran que los tribunales en contadas ocasiones celebran audiencias para escuchar la opinión del niño y algunos incluso desconocen la disposición o, si la conocen, la aplican erróneamente debido a:

- su falta de experiencia en el tema,
- las deficiencias de la normativa que regula esta etapa procesal y
- el desconocimiento por parte de los niños de este derecho adquirido que los asiste.

### Pilares de la protección de los niños

El daño a los niños es un concepto muy amplio, sin definición en el derecho polaco. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el daño es el acto intencional o no intencional por parte de un adulto que influye negativamente en el desarrollo físico o psicológico de un niño.

Si interpretamos esta definición legal, podemos decir que los siguientes tipos de daños

a los niños se encuentran dentro del alcance de la ley:

- delitos contra niños,
- poner en peligro el bienestar del niño, por ejemplo, por abandono,
- violencia contra un niño en la familia..

En estas tres áreas, en Polonia tenemos distintas formas de reaccionar y actuar:

- vía penal,
- vía civil-familiar,
- proceso de "Tarjeta Azul".

### Delitos contra niños

Los delitos contra niños se definen como un tipo de delito en detrimento de una persona menor de 18 años cometido por un delincuente de 17 años o más responsable en virtud del Código Penal o por un delincuente menor de 17 años responsable en virtud de la Ley de procesos que involucran a niños<sup>12</sup>.

El derecho penal polaco garantiza la protección especial de un niño víctima o testigo de un delito. En virtud del derecho penal, si la víctima de un delito es un niño, se permite agravar la pena del condenado. Asimismo, las disposiciones del Código Penal protegen el bienestar del niño de otros tipos de delitos. El Código Procesal Penal establece que un niño en un proceso penal no ejerce sus derechos por cuenta propia (hasta alcanzar la mayoría de edad, es representado por un representante legal o quien ejerce su tenencia) y que, en casos específicos, tiene derecho a protección especial durante una audiencia.

Los delitos que especialmente ponen en peligro el bienestar de un niño son<sup>13</sup>:

- delitos contra la vida y la salud<sup>14</sup>;
- delitos contra la libertad<sup>15</sup>;
- delitos contra la decencia y la libertad sexual<sup>16 17 18</sup>;
- delitos contra la familia y la tutela<sup>19 20</sup>;

<sup>9</sup> Código Procesal Civil comentado, edit. Małgorzata Manowska, LexisNexis, Varsovia, 2013.

<sup>10</sup> Declaraciones 23 03 2012 & 10 09 2014

<sup>11</sup> La Fundación *Nobody's Children* es una organización no gubernamental sin fines de lucro cuyo objetivo es proteger a los niños de abusos y ayudar a niños víctimas de abuso, sus familias y sus cuidadores. En las instalaciones de la Fundación se ofrece ayuda psicológica, médica y legal a víctimas de abuso y a sus cuidadores. Para más información: [www.fdn.pl/en](http://www.fdn.pl/en)

<sup>12</sup> "Dzieci-ofiary przestępstw", D. Drab, J.Podlewska, O.Trocha w: Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka. Nr 3 (36) 2011, edit. M. Sajkowska, Fundación *Nobody's Children*, Varsovia.

<sup>13</sup> "Dzieci-ofiary przestępstw", D. Drab, J.odlewska, O.Trocha w: Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka. Nr 3 (36) 2011, edit. M. Sajkowska, Fundación *Nobody's Children*, Varsovia.

<sup>14</sup> Artículo 149 – infanticidio

<sup>15</sup> Artículo 189a – trata de personas

<sup>16</sup> Artículo 197, párrafo 3.2 – violación de menores de 15 años

<sup>17</sup> Artículo 200, párrafo 1 – relaciones sexuales y otras actividades sexuales

<sup>18</sup> Artículo 200, párrafo 4 – presentación de una actividad sexual

<sup>19</sup> Artículo 207, párrafo 1 – abuso mental y físico

<sup>20</sup> Artículo 208 – alcoholización de menores

- delitos contra el honor y la integridad física<sup>21</sup>.

Deberá denunciarse ante la policía o la fiscalía cualquier hecho relacionado con la comisión de un delito en detrimento de un niño. Existen dos maneras de revelar estos delitos. La primera es mediante información recabada por la policía y la fiscalía durante sus actividades normales. La segunda es mediante la denuncia penal,<sup>22</sup> que puede consistir en información oral o escrita sobre la comisión de un acto delictivo dirigida a un organismo de aplicación de la ley. Quien presente la denuncia no necesariamente debe estar seguro de la comisión del delito, sino que basta con que lo sospeche<sup>23</sup>. Asimismo, si el delito es investigado por la policía o la fiscalía, toda persona que posea información al respecto tiene un deber social en virtud del Código Procesal Penal<sup>24</sup> de compartirla con las autoridades pertinentes. No hacerlo generalmente no constituye un delito, aunque existen excepciones<sup>25</sup>. Las autoridades públicas y las instituciones gubernamentales locales tienen la obligación legal de informar inmediatamente a la policía o al fiscal público y tomar las medidas necesarias para evitar la destrucción de pistas o pruebas de la comisión de un delito contra un niño.

Luego de realizar una evaluación preliminar del delito y asegurarse de que existen sospechas justificadas de su comisión, la autoridad correspondiente inicia un proceso penal. Durante este proceso, los derechos del niño son ejercidos por sus padres o su tutor. Si el delito contra el niño fue cometido por uno de sus padres, el otro padre (es decir, el que no cometió el delito) no podrá representar al niño, quien en cambio deberá ser representado por un tutor judicial designado por el Tribunal de Familia. Este tutor garantiza que se respeten los derechos del niño y protege su bienestar del conflicto de intereses entre sus padres. Lamentablemente, en la actualidad, las disposiciones legales vinculantes no establecen requisitos de idoneidad, educación y habilidades de la persona que debe ejercer la función de tutor judicial. Además, solo se designa un tutor en los procesos civiles. Como resultado, la mayoría de los niños víctimas y testigos no son debidamente escuchados en los juicios penales.

<sup>21</sup> Artículo 217 – violación de la integridad física

<sup>22</sup> W. Sych, Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karny, Zakamycze 2006, página 69.

<sup>23</sup> R.A. Stefański, Komentarz do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555), w zakresie przepisów o postępowaniu przygotowawczym., LEX/el., 2003.

<sup>24</sup> Artículo 304, párrafo 1

<sup>25</sup> Artículo 240 del Código Penal

Incluso así, un niño víctima o testigo, en el caso de ser convocado por una autoridad judicial penal, tiene la obligación de presentarse personalmente y dar testimonio. En los procesos penales en Polonia, a los niños se les toma declaración:

- de manera normal<sup>26</sup> – en un proceso preliminar, está a cargo un policía o fiscal; en un proceso judicial, está a cargo el juez en el juzgado. No se garantiza la participación obligatoria de un perito psicólogo ni la grabación de la audiencia.
- de manera especial<sup>27</sup> – en un proceso preliminar, es posible que un juez le tome declaración al niño, particularmente si existe la posibilidad de que el niño no declare en una audiencia posterior,
- de manera especial<sup>28</sup> – cuando un niño de determinada edad especificada en la ley ha sido víctima o testigo<sup>29</sup> de alguno de los delitos tipificados.

Este último caso<sup>30</sup> consiste en:

- generalmente, una sola audiencia,
- una audiencia ante un juez durante un proceso judicial,
- un grupo cerrado de personas que participan en una audiencia,
- la participación absolutamente **obligatoria** de un perito psicólogo,
- la grabación absolutamente **obligatoria** de imagen y sonido<sup>31 32</sup>,
- la realización absolutamente **obligatoria** de una audiencia en una sala designada para ese fin dentro o fuera del juzgado<sup>33 34</sup>.

Las condiciones especiales se aplican a víctimas (CPC, artículo 185a) y testigos (CPC, Artículo 185b). Por lo tanto, las disposiciones obligatoriamente se deben aplicar a:

- **víctimas** menores de edad que, al momento de prestar testimonio, son **menores de 15 años** y cuyos intereses legales son puestos en peligro o violados por un delito tipificado en los capítulos XIII, XXV y XXVI del Código

<sup>26</sup> Artículo 177 del Código Procesal Penal

<sup>27</sup> Artículo 316 del Código Procesal Penal

<sup>28</sup> Artículo 185a

<sup>29</sup> Artículo 185b del Código Procesal Penal

<sup>30</sup> Artículos 185a y 185b del Código Procesal Penal de 1997, Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 1997 N.º 89, ítem 555 y sus modificaciones.

<sup>31</sup> Artículo 147, párrafo 2, del Código Procesal Penal

<sup>32</sup> Deber absolutamente obligatorio, entrará en vigencia el 27 de enero de 2015.

<sup>33</sup> Deber absolutamente obligatorio, entrará en vigencia el 27 de julio de 2015.

<sup>34</sup> Artículo 185d del Código Procesal Penal y ordenanza del Ministerio de Justicia del 18 de diciembre de 2013 sobre las maneras de preparar una audiencia según lo establecido en los Artículos 185a-185c del Código Procesal Penal.

Penal o por un delito cometido mediante el uso de violencia o amenazas ilegales,

- víctimas menores de edad de los delitos mencionados anteriormente y que, al momento de prestar testimonio, tengan **15 años o más**, pero sólo si se determina justificadamente que tomar testimonio a las víctimas (tanto de 15 años como mayores) en condiciones distintas influiría negativamente en su condición psicológica,
- niños que, al momento de prestar testimonio, son menores de 15 años o que fueron **testigos** de delitos tipificados en los capítulos XXV y XXVI del Código Penal o delitos cometidos mediante el uso de violencia o amenazas ilegales, pero únicamente si el testimonio del testigo menor resulta **esencial** para dirimir una causa.

### Amenaza al bienestar del niño

*El bienestar del niño generalmente concuerda con los intereses de sus padres. Si existe alguna discrepancia en este sentido, los intereses de los padres no pueden omitirse, pero, a fines de proteger el bienestar del niño, esos intereses deben supeditarse cuando no son compatibles con los intereses justificados del niño<sup>35</sup>.*

El Código de Familia establece un concepto de “amenaza al bienestar del niño” como fundamento para que el Tribunal de Familia adopte medidas en el ámbito de la patria potestad sobre un menor. Es una cláusula de las llamadas “cláusulas generales” que abarca un concepto intencionalmente no definido por la legislación, y se relaciona con normas sociales. Toda interferencia con la patria potestad o el derecho a contactarse con el niño debe estar justificada con el bienestar del menor. El Tribunal de Familia tiene la obligación de actuar de oficio en todos los casos en que tome conocimiento de una amenaza al bienestar de un niño.

Si se encuentra amenazado el bienestar de un niño, en virtud del artículo 109 del Código de Familia, el Tribunal podrá tomar una serie de recaudos tales como:

- obligar a los padres y al niño a comportarse de una manera específica, particularmente para cooperar con un asistente de familia o facilitar otras formas de cooperación con la familia;
- ordenar la inserción del niño en una familia adoptiva, un hogar para niños o instituto de adopción, o un orfanato o centro de rehabilitación médica.

La obligación de actuar ante una amenaza al bienestar de un niño se encuentra especificada en los párrafos 1 y 2 del artículo 572 del Código

Procesal Civil de 1964<sup>36</sup>. Según estas disposiciones, todas las personas están obligadas a denunciar ante un Tribunal de Familia cualquier daño a un niño. Esta obligación recae particularmente en organizaciones o centros de cuidado de niños.

### Violencia familiar contra un niño – Proceso de “Tarjeta Azul”

En 2005 se promulgó la Ley contra la violencia familiar<sup>37</sup>. Esta ley definió por primera vez las normas de conducta hacia personas víctimas de violencia familiar, así como hacia personas que ejercen violencia familiar.

En 2010 se reformó la ley y se designaron Equipos Interdisciplinarios para llevar adelante el proceso de “Tarjeta Azul”. Este proceso se encuentra definido en la ordenanza del Consejo de Ministros del 13 de septiembre de 2011 sobre el proceso de “Tarjeta Azul” y el formulario modelo de “Tarjeta Azul”<sup>38</sup>. Es un tipo especial de intervención interdisciplinaria para familias afectadas por la violencia que incluye todas las acciones llevadas adelante e implementadas por representantes de:

- unidades organizacionales de apoyo social,
- comisiones municipales a cargo de resolver problemas relacionados con el alcohol,
- la policía,
- el sector educativo,
- el sector de la salud.

El deber más importante dentro del proceso de “Tarjeta Azul” es el de diagnosticar los efectos de la violencia familiar en un niño e intervenir cuando hay sospechas de que existió ese tipo de violencia. Un niño en estas circunstancias no tiene capacidad jurídica plena ni puede llevar adelante acciones en nombre propio que lo protejan de la violencia. No puede denunciar ante un Equipo Interdisciplinario, la Policía, la Fiscalía o un Tribunal de Familia que es víctima de la violencia de alguno de sus padres. Los niños pequeños generalmente no saben que lo que sufren en sus hogares (gritos, insultos, golpizas) es inapropiado y que dicho comportamiento constituye un acto de violencia. En estas situaciones, adultos, particularmente expertos que tienen contacto profesional con niños, tienen la obligación especial de actuar ante una sospecha de que el niño es víctima de violencia familiar<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 1964 N.º 43, ítem 296.

<sup>37</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2005 N.º 180, ítem 1493.

<sup>38</sup> Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2011 N.º 209, ítem 1245.

<sup>39</sup> Uwaga dziecko! Realizacja procedury „Niebieskie Karty” w sytuacji przemocy w rodzinie wobec dziecka, J. Podlewska, Fundacja Dzieci Niczyje, Varsovia, 2013.

<sup>35</sup> Resolución del Pleno Civil de la Corte Suprema del 9 de junio de 1976, III CZP 46/75.

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

Cuando existan sospechas de violencia familiar contra un niño, se interviene ya sea presentando un formulario "NK-A" o luego de una notificación efectuada por un familiar o un testigo de un episodio de violencia<sup>40</sup>.

El diagnóstico para determinar si un comportamiento específico de alguno de los padres u otro familiar constituye un acto de violencia se basa en la definición legal provista en el artículo 2:

*"La violencia familiar debe entenderse como un comportamiento por acción u omisión, única o reiterada, que viola los derechos o bienes personales de los individuos enunciados en el párrafo 1, en particular si pone en peligro su vida o su salud, viola su dignidad, integridad psicológica, libertad, incluida su libertad sexual, causando así un daño a su salud mental y física, sufrimiento y daño moral"<sup>41</sup>.*

La información consignada en las tarjetas "NK-A" se basa en una conversación con la víctima de la violencia, un niño. Si esto no es factible, la tarjeta se completa según lo que se observe del niño en una institución. La regulación de las tarjetas "NK-A" para niños (menores de 18 años) establece condiciones especiales:

- la tarjeta debe completarse en presencia de un padre o tutor legal o de hecho,
- las medidas que involucran a un niño en un proceso de tarjeta azul deben implementarse, dentro de lo posible, en presencia de un psicólogo. Esto se refiere mayormente a completar el formulario "NK-A", porque el niño no participa en ese proceso ni puede ser convocado a reuniones de un grupo de trabajo. Luego de recibir el formulario "NK-A", el líder del equipo lo remite a los demás miembros del equipo y, en conjunto, deciden de qué manera trabajar en el caso de violencia familiar. El proceso de Tarjeta Azul no es un proceso penal ni administrativo; no hay partes ni condenas. Si bien el proceso generalmente involucra a una persona específica, o a víctimas de violencia familiar, se lleva adelante para toda la familia y no para un individuo en particular. Su objetivo es frenar la violencia familiar mediante la creación de un plan individualizado de asistencia para la familia.

En caso de amenazas a la vida o salud del niño relacionadas con la violencia familiar, existe un proceso especial para remover al niño del entorno familiar, en virtud del artículo 12, incisos a, b y c, de la Ley contra la violencia familiar. Un trabajador social, policía, doctor, paramédico o enfermero pueden tomar una decisión conjunta de recibir a un niño de una familia y ubicarlo en el hogar de un adulto relacionado (abuelos, hermanos), una familia adoptiva o en un centro de cuidados o educación.

El artículo reseña el alcance de la legislación sobre protección de niños en Polonia y la evolución de la percepción del rol del niño por parte del legislador. Esta percepción ha evolucionado de una visión según la cual el niño era el sujeto de la protección a una visión donde el niño puede influir en las decisiones que se toman sobre él.

**Monica Horna** - Abogado en prácticas, abogado de la *Fundación de Niños Nadie* involucrado en asuntos concentrados en la participación de los niños en los procedimientos legales

**Justyna Podlewska** - Egresado de la Facultad de Derecho y Administración y la Facultad de Periodismo y Ciencias Políticas de la Universidad de Varsovia. Miembro del Comité de Equipo de Vigilancia para la Prevención de la Violencia Doméstica en el Ministerio de Trabajo y Política Social. El abogado de la *Fundación de Niños Nadie*.



<sup>40</sup> Párrafo 2 de la Ordenanza del Consejo de Ministros del 13 de septiembre de 2011 sobre el procedimiento de "Tarjeta Azul" y el formulario modelo de "Tarjeta Azul".

<sup>41</sup> Artículo 2, párrafo 2, de la Ley contra la violencia familiar de 2005, Gaceta Legislativa de la República de Polonia de 2005 N.º 180, ítem 1493.

## La voz del niño en la separación de la familia

Élise Mercier-Gouin



Cuando las familias se separan los niños ocupan el centro de la escena. Es para cuidar de ellos, para velar por sus intereses, por el amor que cada uno de los padres siente por ellos y por la necesidad de protegerlos, por lo que se prolongan la mayoría de las acciones legales que se llevan a cabo después de la separación de una familia. Las separaciones tienen importantes consecuencias emocionales y financieras. Por sobre todas las cosas, implican la pérdida del contacto cotidiano con el niño, lo que tiene un efecto siempre subestimado. Después de una separación cada uno de los padres pierde una parte de la vida del niño. Ya no tendrán el privilegio de presenciar cada uno de los momentos de sus vidas y tendrán que compartir su influencia sobre la educación y los valores de los niños. A los padres frecuentemente les resulta difícil aceptar y adaptarse a la pérdida de control sobre la vida de los niños y depositar una confianza absoluta en el otro padre. Esto es lo que motiva gran parte de los litigios, y el rol de los niños es central.

Todas las partes involucradas en el sistema de justicia: jueces, abogados y peritos, además de los padres, entienden la importancia que esto tiene para la vida de los niños y la necesidad de considerar a los niños como actores clave en las decisiones que definirán como se organizará su vida después de la separación. ¿Cómo se compartirá el tiempo con los niños, cómo se tomarán las decisiones respecto de sus vidas y qué rol tendrá cada uno de los padres? A fin de preservar el interés superior de los niños es necesario dar un paso atrás y mirar más allá de lo que cada padre imagina, cree, teme o reclama y dar cierta coherencia a posturas frecuentemente contradictorias. Muchas veces las circunstancias son tan complicadas que, después del testimonio de los padres y los peritos y después del interrogatorio y las presentaciones de los abogados, todavía resulta difícil ver que acuerdos estarían más alineados con el interés superior de los niños.

Las voces de los niños se escuchan con más frecuencia en casos difíciles y complicados. En casos menos problemáticos las separaciones se resuelven mediante acuerdos entre los padres, quienes deciden como tomar en cuenta el punto de vista de los niños y que importancia asignarle a sus opiniones. Las ideas y sentimientos de los niños, y también su comprensión de cómo será su vida en el futuro son esenciales para las consideraciones que llevan a los padres a tomar buenas decisiones. Se debe alentar a los niños a hacer oír sus opiniones, su visión sobre los problemas de la familia y las soluciones que proponen, así como sus deseos y expectativas. En los casos contenciosos el niño puede estar representado por un abogado o hablar directamente con el juez sin la presencia de sus padres y de sus abogados. Los dichos de los niños también pueden ser referidos por sus padres o registrados y analizados por un psicólogo o trabajador social como parte del informe psicológico presentado ante la corte. Todas estas personas enfrentan el mismo problema para entender lo que dicen los niños. Las palabras de los niños expresan sus deseos en el momento de la entrevista, pero no cubren todo el espectro de sus necesidades y no puede garantizarse que sus deseos no cambien o que estén alineados con su interés superior. Es tentador para los adultos acceder a la creencia de los niños de que su forma de ver las cosas es la única forma de verlas. Al mismo tiempo, es fácil ver que lo que dice cada uno de los padres puede estar influenciado por sus sentimientos negativos respecto del otro, y esto rara vez refleja la verdadera situación. Parece más difícil llegar a la misma conclusión respecto de lo que dicen los niños y negar que tenga un valor independiente. Mi propósito por cierto no es restar valor a lo que dicen los niños, sino llamar la atención a la necesidad de poner sus palabras en contexto para entender su significado y sus limitaciones. Lo que el niño desea frecuentemente varía, dependiendo de con cuál de los padres está o de eventos recientes que no puede poner en un contexto más amplio.

No debemos perder de vista el hecho de que un niño es a la vez una persona pequeña y bien formada y un ser en crecimiento y en desarrollo cuya experiencia de vida es por tanto limitada. La sabiduría de un niño, la relevancia de sus comentarios sobre su vida y su capacidad de expresarse de forma articulada y coherente puede llevarnos a olvidar que sus capacidades emocionales e intelectuales aún se encuentran en desarrollo y que puede no tener la madurez suficiente como para entender la situación de su familia con la profundidad que la situación

merece. La seguridad emocional de los niños deriva de sus vínculos con cada uno de sus padres. Durante los conflictos familiares los niños pueden perder su punto de referencia y querer todo, hasta lo imposible. Lo que ellos dicen puede cambiar en respuesta a las presiones que sienten, y también a la influencia de los padres sobre lo que ellos piensan que los adultos esperan de ellos y a la responsabilidad que asumen de resolver los conflictos irresueltos de sus padres. Los niños también pueden confundir un obstáculo temporal con un problema permanente debido a la imposibilidad de tener una proyección hacia el futuro. Los niños tienen un pensamiento único y no les gustan los análisis sutiles con elementos que pueden representar una fuente de incertidumbre y ansiedad. Esto también se aplica a los adolescentes. Independientemente de cuán bien puedan razonar, sus juicios todavía no están totalmente formados y su capacidad de previsión, su habilidad para organizar sus pensamientos, el control de sus impulsos y la capacidad de sopesar la consecuencias de sus acciones todavía están en desarrollo. En la mayoría de los otros aspectos de la vida los adultos reconocen que su autoridad parental todavía se debe aplicar y que los adolescentes necesitan ser guiados para asumir responsabilidades e independencia y no pueden asumir la responsabilidad absoluta por las opciones que toman en la vida. En asuntos de cuidado frecuentemente ocurre que el deseo único y la expresión de sus intereses inmediatos dominan su proceso de toma de decisiones.

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce:

*Al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar sus opiniones libremente en todas las cuestiones que afectan al niño*

Este párrafo contiene dos palabras vitales: *expresar libremente*. Para determinar si un niño se está expresando libremente, lo que dice debe ser puesto en contexto. Esto significa, ser capaces de entender el tipo de vida que llevan, como son sus relaciones con los miembros de su familia, sus lazos emocionales con cada uno de sus padres, sus zonas de confort y sus fuentes de estrés. Poner sus palabras en contexto es un gran desafío para aquellos que sólo tienen una visión fragmentada de su vida, derivada de lo que dicen los propios niños o sus padres.

Debido al estrés que sufre un niño durante la separación de sus padres, a la necesidad de mantener un vínculo intacto con cada uno de ellos y a los consiguientes conflictos de lealtad, a su necesidad de amar y ser amado y a su susceptibilidad, lo que dicen los niños debe ser tomado con precaución. En medio de un conflicto familiar, la capacidad del niño de ver ambos lados se reduce y sus sentimientos se tienden a polarizar. Independientemente de con cuánta vehemencia los niños se manifiesten, es imposible estar seguros de que están describiendo correctamente su relación con uno de los padres en todos los aspectos y con todas sus sutilezas.

No obstante, desde que las voces de los niños son escuchadas regularmente en los tribunales, se ha producido un desplazamiento del derecho a ser escuchados al derecho a tomar las decisiones. La opinión de los niños se presenta como la única verdad, lo que lleva a confundir sus deseos y expectativas con sus necesidades y con su interés superior. De esta manera, la voz de los niños toma una posición de poder debido a la confusión entre la atención que se le debería prestar a lo que el niño dice exactamente y la facultad de tomar la decisión pertinente, que no debería corresponder al niño. Esto pone al niño en una situación de poder que sólo puede desestabilizarlo en la medida en que afecta sus relaciones con los adultos y, en particular, con sus padres. Los adultos son responsables de su bienestar y deben ir más allá de sus propios deseos para promover el interés superior de los niños. La vida familiar continuará cuando ellos se alejen de los tribunales y uno debe asegurarse de que no se dañe el balance entre el ejercicio de autoridad por parte de los padres y la posición del niño. El poder absoluto no es compatible con una situación en la que los padres son los guías naturales de sus hijos, un aspecto de la sociedad que todas sus instituciones deberían promover. El desarrollo mental de un niño se produce dentro de una red de relaciones. Citando a la escritora Nancy Huston<sup>1</sup>;

*Nosotros no caemos del cielo, nosotros estamos colocados en nuestro árbol familiar.*

<sup>1</sup> La Presse, Montreal, 25 de octubre de 2014

Esto significa que debemos encontrar un lugar para los niños cuando la familia se separa y escuchar cuidadosamente lo que tienen para decir, evitando al mismo tiempo producir más daños a una familia en crisis. Después de la separación la familia continuará siendo la principal guía del niño sobre las reglas de convivencia de la sociedad.

Lo que el niño dice muchas veces se reduce a una simple manifestación de preferencias: frecuentemente una elección entre sus dos padres, más que una síntesis de su situación general. Esto puede representar un serio obstáculo para su desarrollo. Que un niño elija a un padre puede significar que se involucre en una lucha con una parte de sí mismo, creando de este modo una disociación entre las personas que le han dado la vida y las imágenes a partir de las cuales se ha formado su personalidad, perdiendo de este modo su sentido de identidad. La mayoría de los niños, aparte de los que están en conflicto con sus padres, desean mantener el mayor contacto posible con ambos padres y dejar que ellos reorganicen sus vidas.

Los niños ocupan el centro de la escena durante una separación y es por su bien que los padres se enfrentarán en los tribunales. Cada vez se asigna más importancia a lo que los niños tienen para decir en los procesos judiciales en los que tienen derecho a ser oídos. No obstante, no se debe perder de vista el hecho que, independientemente de cuan bien se expresen o de la calidad de su pensamiento, lo que dicen los niños no deja de ser su propio punto de vista sobre el litigio de sus padres y, si bien es muy importante, es subjetivo. Se debe tener en cuenta la opinión de los niños y se le debe dar el lugar que corresponde junto a todas las pruebas presentadas por los testigos. No debería tener más importancia que la de los padres y ser considerada la única verdad respecto de la familia. Puede sorprender darnos cuenta de que en complejos casos de familia, en que los adultos se esfuerzan por buscar formas de calmar la situación y ayudar a la familia, lo que dicen los niños puede resultar decisivo. Todos deben tomar conciencia de la necesidad de atribuir a los niños el lugar que les corresponde en el debate sobre su vida después de la separación. Es necesario analizar las opiniones de los niños abiertamente, evitando ser su portavoz, lo que significaría abdicar del rol y de la responsabilidad de los adultos de tomar decisiones que tengan en cuenta todas las necesidades de los niños. Este enfoque es esencial para resguardar el interés superior de los niños y protegerlos de los sombríos conflictos que a veces se producen en el seno de las familias.

**Élise Mercier-Gouin** es psicólogo y ha trabajado durante 35 años en experiencia psicosocial y Servicio del Centro de la Juventud de Montreal de Mediación Familiar, como experto de la Corte Superior y 15 años como mediador. Se hizo para la supervisión y ha participado o dirigido varios talleres (custodia compartida, la alienación parental, palabra del niño, etc.). Ha realizado talleres sobre la comunicación de los padres se ofrece a los padres separados.

## Reforma del Tribunal de Familia en Bélgica: ¿qué cambiará realmente?

Fabienne Bouchat



Luego de varias décadas de analizar la conveniencia de concentrar todo tipo de disputa familiar en un solo tribunal, la Ley del 30 de julio de 2013, publicada en el Boletín Oficial, *Moniteur belge*, el 27 de septiembre de 2013, creó el Tribunal de Familia y de la Juventud. La ley entró en vigencia el 1 de septiembre de 2014. Los litigios en materia de familia sufrirán modificaciones fundamentales, pero además se simplificarán sustancialmente. La simplificación traerá aparejada una mayor claridad tanto para los litigantes como para los profesionales que acompañan a estas familias. El presente trabajo busca resumir la intención de la ley e informar al lector sobre los principales cambios introducidos por la reforma.

Establecer los nuevos tribunales en cada distrito ha traído aparejadas algunas dificultades y ha demandado un gran trabajo de reorganización. Se necesitará tiempo para que se asimile el nuevo sistema antes de que sea posible obtener un panorama completo de los efectos de los cambios.

### A- Creación del Tribunal de Familia y de la Juventud

- El Artículo 76 del Capítulo 1 del Código Judicial (*Code Judiciaire*) modifica la estructura de los tribunales de primera instancia. De ahora en más, tendrán cuatro secciones :
- Tribunal Civil (*le tribunal civil*)
- Tribunal Correccional (*le tribunal correctionnel*)
- Tribunal de la Familia y de la Juventud (*le tribunal de la famille et de la jeunesse*) y
- Tribunal de aplicación de penas (*le tribunal d'application des peines*)

- A su vez, el Tribunal de la Familia y de la Juventud está integrado por tres tipos de salas:

- Una o más salas de la familia (*chambres de la famille*) ;

De ahora en más, estas salas entenderán en todas las disputas familiares (Artículo 572 bis *code judiciaire*), con excepción del sistema para personas legalmente incapaces (de todas las edades)

- Uno o más **salas de la juventud** (*chambres de la jeunesse*) ;

Las mencionadas salas, intervendrán en los casos de protección de los menores de edad en riesgo y también de aquellos casos en que menores de edad sean resulten imputados de la comisión de delitos;

- Una o más **salas de mediación** (*chambres de règlement à l'amiable*) que estarán a cargo de lograr y/o confirmar acuerdos entre las partes.

La legislación apunta a promover alternativas para abordar disputas familiares. Particularmente impulsa la mediación familiar o la conciliación judicial.

Al comienzo del proceso, se les informa a las partes sobre las diversas oportunidades de mediación.

En cualquier momento del proceso, ya sea a solicitud de las partes o a instancia del magistrado, las partes podrán volver a sala de mediación a registrar su avenimiento o a tratar de llegar a un acuerdo.

### B- Un tribunal único para disputas familiares

Antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, entendían en las disputas familiares cuatro tribunales :

- Juzgado de paz (*le juge de paix*);
- Tribunal de la juventud (*le tribunal de la jeunesse*);
- Tribunal de primera instancia (*le tribunal de première Instance*); y
- El presidente del tribunal de primera instancia en calidad de juez de apelación (*le président du tribunal de première instance siégeant en référé*)

En cuestión de pocos meses, la misma disputa podía someterse a las decisión de distintos magistrados.

En este sistema original, un juez de paz podía dictar una resolución válida por 6 meses en la cual determinara dónde debía vivir el hijo de una

pareja casada que se había separado temporalmente. Mientras esta resolución estaba vigente, un juez juvenil podía emitir una segunda resolución que ordenara que el niño viviera en otro lado. Finalmente, cuando la solicitud de divorcio de la pareja llegaba al tribunal de primera instancia, el presidente, en calidad de juez de apelación, podía dictar una tercera resolución de residencia del niño que ordenara alojarlo en otro lugar. Era una situación compleja de resolver. Asimismo, brindaba a un litigante persistente o vengativo un arma letal al permitirle obtener varias resoluciones de distintos tribunales.

**De ahora en más**, la legislación concentra la disputa familiar íntegramente en un Tribunal de Familia único, que atenderá las disputas sobre filiación, adopción, matrimonio, divorcio y cohabitación legal, así como el levantamiento de prohibiciones en el matrimonio.

El Tribunal de Familia será competente en todas las cuestiones relacionadas con patria potestad, residencia y contacto con menores de edad. Asimismo, deberá determinar los niveles de manutención y responsabilidad de cada parte.

El Tribunal podrá dictar resoluciones provisionales y de emergencia sobre matrimonios, padres y concubinos.

En cambio los casos relacionados con el sistema para personas legalmente incapaces, quedan bajo la órbita de los juzgados de paz.

Asimismo las solicitudes relacionadas con legados, y donaciones entre vivos, ya no se encuentran dentro del alcance del Tribunal de Familia.

Los Juzgados de Paz retienen también su jurisdicción en los casos de tutela. En virtud de la Ley del 17 de marzo de 2013, que entró en vigencia el 1 de junio de 2014, estos juzgados tienen jurisdicción exclusiva sobre personas legalmente incapaces. Dicha ley introdujo efectivamente un nuevo régimen de protección de personas con deficiencias físicas o mentales. Cabe advertir que el Tribunal de Familia no se desempeña como tribunal de alzada respecto de sentencias de Juzgados de Paz en los casos de incapacidad, ya que dichas apelaciones serán tratadas por los tribunales de primera instancia.

### **C. Una familia, un expediente, un juez**

La intención de los legisladores es que, *“para casos civiles, el historial judicial de la familia se incluya en un único expediente”*. El objetivo es lograr una coherencia entre las sentencias, pero también limitar el debate al mínimo necesario para resolver la disputa. En la práctica, no sirve traer a colación todas las cuestiones abordadas anteriormente.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En el Doc 53 0682/001, proyecto de ley para la creación de los tribunales de familia (*Proposition de loi instituant le tribunal de la famille, exposé des motifs p. 14*).

### **a. Una familia**

En virtud de la legislación, una familia tiene al menos dos personas:

- ◆ Una pareja casada o divorciada o una pareja que convive o ha convivido;
- ◆ Un padre y un hijo con el cual existe filiación;
- ◆ Dos padres y su hijo en común.

Las *“familias reconstituidas”* consisten en al menos dos y tal vez tres familias con hijos en común.

Las parejas que conviven y no tienen hijos ni tienen un contrato de concubinato vinculante quedan excluidas del alcance del Tribunal de Familia.

### **• Un expediente**

El expediente de familia se abre tan pronto como se presente una solicitud ante un Tribunal de Familia.

Cada nueva petición correspondiente a la misma familia se adjunta a su expediente único de familia y, en teoría, es tratada por el mismo juez.

El expediente de familia contiene únicamente peticiones dentro de la órbita del Tribunal de Familia. Cualquier solicitud de protección que se presente ante un Tribunal de Menores para un niño que pertenece a esa familia se mantiene aparte. Asimismo, será administrado por otro juez.

En opinión de los proponentes de esta legislación, no habría sido adecuado vincular el expediente de familia con el expediente de protección, puesto que este último corresponde exclusivamente al niño.

Si el juez que entiende en el caso de protección también trabaja con la familia, su prioridad debe ser resguardar los intereses del niño, no los de la familia entera. Por otro lado, pueden requerirse diferentes medidas de protección para distintos niños dentro de una misma familia.

Por supuesto, la separación entre el expediente de familia y el expediente de protección es necesaria, pero no parece ser absoluta. Un fiscal que actúe ante ambos tribunales puede desempeñarse como nexo entre los dos expedientes si lo considera necesario.

### **• Un juez**

El magistrado que administra un expediente de familia está identificado por un número único correspondiente a dicho expediente. Este juez (es decir, la misma persona) debería, en teoría, estar al tanto de todas las solicitudes presentadas por los miembros de la misma familia.

Este juez único, que está al tanto de toda la situación, se encuentra en posición de adoptar medidas más consistentes, tener un mejor panorama de las relaciones intrafamiliares y allanar el camino judicial.

Sin embargo, un juez que administre un expediente de familia en una sala de mediación no puede administrar el mismo expediente en el Tribunal de Familia. Las normas de confidencialidad deben respetarse para que la mediación tenga éxito.

Lo mismo se aplica a un juez que ha intervenido en el caso de un niño en un Tribunal de Menores. Ese juez no podrá desempeñarse en el Tribunal de Familia en una audiencia sobre la familia de ese niño.

La experiencia nos demostrará si este principio es sostenible y si puede implementarse en los distritos más pequeños.

#### **D. Competencia territorial**

La idea es estandarizar las normas de competencia territorial en disputas familiares, que no necesariamente ha sido el caso hasta ahora, y poner en práctica el principio de una familia, un expediente, un juez.

El Artículo 629 bis del Código Judicial (*code judiciaire*) establece las normas en orden jerárquico:

- a. El primer tribunal ante el cual una familia presentó su solicitud determina la competencia para toda solicitud futura que presente esa familia.
- b. Todas las peticiones referidas a patria potestad, residencia o manutención de un menor se presentan ante el tribunal con competencia donde el niño tiene su domicilio legal o real. Si hay varios niños que viven en distintos lugares, el primer tribunal ante el cual se presente la petición tendrá competencia sobre todo el expediente de familia;
- c. Si la familia no tiene hijos, el domicilio del solicitante determinará el tribunal competente; y
- d. Con el objeto de resguardar los intereses del niño, el Tribunal de Familia de un distrito podrá remitir el expediente a un Tribunal de Familia de otro distrito.

#### **E. Capacitación especializada para magistrados**

Los magistrados que se desempeñen en un Tribunal de Familia, así como los fiscales y jueces de apelación, deben hacer un curso de capacitación especializada.

Se brindará capacitación específica adicional a los magistrados que sean parte de salas de mediación. Esta capacitación especializada fue solicitada por magistrados que tratan con cuestiones familiares. La capacitación cubre disputas familiares y técnicas de mediación y participación activa para responder más eficientemente frente a las demoras del sistema judicial.

#### **F. Fiscalía (*le parquet*)**

Los fiscales intervienen en todos los tribunales que comprendan Tribunales de Familia y Juventud.

Los fiscales brindan asesoramiento o presentan demandas en todas las peticiones que involucran a un niño y en toda cuestión que requiera su participación.

El fiscal tiene un panorama de las circunstancias familiares del niño y puede actuar como nexo de información entre un procedimiento y otro.

#### **G. Cuestiones urgentes y resoluciones provisionales**

El principio subyacente es que todo litigio, sin importar cuán urgente sea, debe ser administrado por un Tribunal de Familia.

Únicamente los casos de absoluta necesidad quedan bajo la órbita del Presidente del Tribunal de Primera Instancia, quien tiene prevalencia en virtud del Artículo 584 del Código Judicial.

El segundo principio es que, de ahora en adelante, se traza una distinción entre las resoluciones provisionales y las resoluciones de emergencia.

##### **a. Resoluciones provisionales**

El Artículo 1253ter/5 establece en qué ámbitos pueden dictarse resoluciones provisionales, entre los cuales se incluyen:

- resoluciones sobre patria potestad, residencia y contacto con un niño.
- determinación, modificación y cese de manutención; y
- resoluciones sobre la residencia de parejas en proceso de separación (casadas o en concubinato), así como resoluciones sobre la residencia de parejas casadas cuando surge una desavenencia.

Cuando se formula una solicitud, la acción debe iniciarse dentro de los 15 días posteriores. A partir de entonces, podrán dictarse resoluciones provisionales.

##### **b. Resoluciones de emergencia**

Una emergencia no afecta la competencia de un tribunal, dado que en todos los casos es el Tribunal de Familia el que interviene en la petición. Sin embargo, el procedimiento varía.

Las audiencias de emergencia pueden conllevar resoluciones provisionales, pero también resoluciones definitivas (salvo lo dispuesto a continuación sobre *solicitudes permanentes*, que se dan en la mayoría de los casos de familia, nada es definitivo: todo puede ser revisado al considerar nuevas pruebas).

La legislación distingue entre *emergencia presunta* y *emergencia alegada* (es decir, una necesidad de urgencia que el solicitante debe demostrar).

La lista de emergencias *presuntas* es muy extensa e incluye casi todos los litigios en materia de familia. Alain-Charles Van Gysel se pregunta<sup>2</sup> si será posible abordar todas las disputas cuya emergencia se presume con una prioridad realmente alta.

Debemos tener en cuenta que la emergencia se presume en los siguientes ámbitos de litigio:

- resoluciones provisionales en matrimonios<sup>3</sup>
- resoluciones provisionales en concubinatos<sup>4</sup>
- resoluciones sobre patria potestad, residencia y contacto con un menor, sin importar el estado civil de los padres;
- resoluciones sobre manutención; y
- retorno de niños que se encuentran en el exterior<sup>5</sup>.

Una emergencia *alegada* debe quedar demostrada por el solicitante y puede cubrir cualquier cuestión dentro de la competencia del Tribunal de Familia. Si se determina que el caso no es urgente, el Tribunal de Familia no declarará la inadmisibilidad de la solicitud, sino que remitirá el expediente a una audiencia ordinaria. Este método de remisión ahorra tiempo y es más rápido y, por ende, más eficiente, además de reducir costos.

### H. Normas de Procedimiento de los Tribunales de Familia

Los procedimientos generales de los tribunales civiles claramente siguen siendo aplicables a los Tribunales de Familia, independientemente de ciertas normas especiales que se implementan, en particular, en litigios de familia.

Se han establecido algunas normas generales aplicables a los Tribunales de Familia junto con procedimientos civiles.

En la práctica, las reformas no han alterado los procedimientos específicos aplicables a cada ámbito (filiación, divorcio, etc.).

#### a. Comparecencia personal de las partes

Cuando el caso se considera urgente, ahora se requiere que las partes comparezcan personalmente a la audiencia preliminar. Tal como hemos explicado anteriormente, estos son casos de matrimonios o concubinatos, patria potestad, residencia y contacto con un menor, solicitudes de manutención, etc.

Las partes deben comparecer personalmente tanto a la sesión preliminar como a audiencias sobre el fondo cuando el caso involucra a un menor.

El juez podrá otorgar exenciones a esta norma en circunstancias excepcionales.

Cuando la solicitud es para que el Tribunal homologue un acuerdo redactado por un abogado o mediador, no se requiere que las partes comparezcan en persona, salvo que el acuerdo manifiestamente no resguarde los intereses del niño.

Al exigir la presencia de los padres en casos que involucren a menores, la intención del legislador es que se escuche a los litigantes y se tenga un entendimiento más acabado de las relaciones entre los padres.

La comparecencia personal de las partes permite al juez informarles sobre métodos alternativos para resolver sus disputas (mediación) y analizar la posibilidad de alcanzar un acuerdo en el caso en particular ante una cámara de mediación.

Luego de conocer y escuchar a los litigantes, el magistrado podrá tomar decisiones más justas y sensibles con el objetivo permanente de reducir el conflicto.

Por último, exigir a los padres comparecer personalmente posibilita concientizarlos sobre los procedimientos relacionados con los menores y sus respectivos roles en el ejercicio de la patria potestad conjunta.

En el caso de solicitantes que no comparezcan, se podrá rechazar su solicitud. Asimismo, se podrá dictar una sentencia en rebeldía contra los demandados que no comparezcan.

#### b. Prioridad otorgada a las partes

La legislación se propuso simplificar los procedimientos para disputas familiares y hacerlos más accesibles. Promueve métodos alternativos de resolución de conflictos y, en particular, la conciliación y la mediación familiar.

Por lo tanto, en todo momento durante el proceso, desde la solicitud inicial, se exhorta a las partes a que busquen un acuerdo.

Según el Artículo 1253ter/1, «En todas las causas ante Tribunales de Familia, una vez que se haya presentado la solicitud, el secretario del tribunal informará a las partes sobre la posibilidad de mediación, conciliación y otros métodos mediante los cuales pueda alcanzarse una resolución amistosa».

La creación de la sala de mediación es concordante con ese objetivo, ya que el propósito de su creación es lograr una reconciliación de las partes o informarles sobre las posibilidades disponibles para alcanzar un acuerdo.

En todo momento durante el proceso se priorizará la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes para que sea homologado por el juez, salvo que vaya en contra de los intereses de los menores de edad involucrados.

<sup>2</sup> Alain-Charles Van Gysel, *Compendio de derechos de las familias y de la persona*, ANTHEMIS, 2013, p.512

<sup>3</sup> Artículos 223 y 1280 del Código Judicial.

<sup>4</sup> *Ibid.*, Artículo 1479.

<sup>5</sup> *Ibid.*, Artículo 1322 bis.

**c. Derecho del niño a ser escuchado**

Escuchar la opinión de los niños dentro del marco de los litigios de familia, particularmente en casos de patria potestad, residencia y contacto con el niño, tiene como objeto permitir al niño ejercer sus derechos a ser escuchado en casos que lo conciernen. Estos derechos están consagrados en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y en el Artículo 22 bis de la Constitución de Bélgica.

Antes de que se introdujera esta reforma legislativa, el ejercicio efectivo del derecho a ser escuchado dependía de varios criterios. La elección del tribunal y la edad del niño determinaban si era convocado o no por el juez. En los Tribunales Juveniles, los niños de 12 años o más eran convocados sistemáticamente en casos de patria potestad o residencia del menor. En otros tribunales, la decisión de escuchar al menor de edad dependía de la evaluación que hiciera el magistrado de la capacidad cognitiva del niño.

Esto era potencialmente discriminatorio y generaba confusión.

La reforma legislativa estandariza el ejercicio del derecho de los menores a ser escuchados y contiene una sección que aborda esta temática.

El Artículo 1004/1 del Código Judicial ahora incluye una disposición que establece que, en todos los casos de patria potestad, residencia y relaciones personales, todo menor de 12 años o más afectado por el caso recibirá un formulario mediante el cual podrá solicitar audiencia.

La Ley también permite a los niños menores de 12 años ser escuchados si así lo solicitan el menor de edad en cuestión, las partes, el fiscal o el juez.

El juez le tomará declaración al menor personalmente, sin la presencia de ninguna otra persona y en el lugar que resulte más adecuado (obviamente, no en el juzgado).

El magistrado considerará las opiniones del niño teniendo en cuenta «su edad y madurez».

Como antes, la entrevista con el niño quedará redactada en un informe conjunto en el expediente, que podrá ser puesto a disposición de las partes.

**d. Solicitudes permanentes**

En la mayoría de las cuestiones de familia cuya urgencia se presume, se mantiene el principio de solicitud permanente ante el tribunal.

Una vez que el Tribunal de Familia ha recibido la solicitud, el caso permanece en los archivos de dicho tribunal. Esto significa que cuando surge una nueva disputa dentro de la familia, cualquiera de las partes podrá solicitar que el expediente se presente nuevamente ante el tribunal correspondiente. Esto puede hacerse mediante una notificación simple o mediante la presentación de conclusiones ante el secretario del tribunal.

El solicitante debe explicar de qué se trata la nueva disputa para justificar su solicitud. La legislación define en qué puede consistir una nueva disputa en el Artículo 1253 ter/7.1, segundo renglón, del Código Judicial.

Un procedimiento de solicitud permanente ofrece un mayor acceso a la justicia, reduce los costos y garantiza una mejor continuidad de los procesos judiciales. Por otro lado, es posible que este procedimiento conlleve un abuso de los procesos judiciales, ya que cada vez que se produce un cambio es muy simple solicitar ante el juez que introduzca modificaciones en su resolución. El riesgo podría afectar negativamente las relaciones entre las partes.

**I. Disposiciones transitorias**

La Ley entró en vigencia el 1 de septiembre de 2014.

Los procedimientos en trámite en la fecha de entrada en vigencia de la Ley seguirán tramitándose ante el juez que los presidía en ese momento, y todo recurso se tramitará ante un juez de apelación de la misma jurisdicción.

Sin embargo, si se revoca una sentencia y la cuestión se encuentra bajo la órbita de un Tribunal de Familia, el caso se remitirá a éste.

Si se había dictado una sentencia en rebeldía antes de la entrada en vigencia de la Ley, el Tribunal de Familia escuchará los argumentos en contra si la cuestión se encuadra dentro de su competencia.

Finalmente, en virtud del Artículo 387 bis del Código Judicial, que no fue modificado por la Ley y que ya había creado un sistema de solicitud permanente, el Tribunal de Menores ante el cual la causa estuviera en trámite antes de la entrada en vigencia de la Ley retendrá los expedientes correspondientes hasta que los menores involucrados alcancen la mayoría de edad o sean dispensados.

## J. Conclusiones

Las reformas concentran las disputas familiares en un solo juez, lo cual debería mejorar ostensiblemente el acceso de los litigantes a la justicia. En mi opinión, la Ley brinda mayor transparencia a los procesos judiciales en materia de familia.

Es innegable que existe una simplificación. El hecho de que un solo tribunal pueda dictar todos los tipos de sentencia (de emergencia, provisional y definitiva) permitirá impartir justicia más eficientemente y lograr mayor homogeneidad entre las sentencias.

El énfasis puesto en la mediación en disputas familiares también es una forma de reducir los conflictos dentro de las familias.

Podemos confiar en que los nuevos tribunales permitirán un mejor manejo de los conflictos familiares, una reducción de las tensiones dentro de las familias y, en definitiva, una mejor protección de los niños, que son quienes generalmente más sufren estos conflictos.

**Fabienne Bouchat** es Licenciada en Derecho y coordinadora educativa del servicio de justicia juvenil de Hainaut.

## Bibliografía:

Ley del 30 de julio de 2013 de creación del Tribunal de la Familia y de la Juventud publicada en « Monitor Belga » el 27 de setiembre de 2013

Loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse publiée au *Moniteur belge* le 27 septembre 2013

Documentos parlamentarios .Doc 530682/001 , proposición de la creación del Tribunal de la Familia, exposición de motivos.

Documents parlementaires : Doc 53 0682/001, proposition de loi instituant le tribunal de la famille, exposé des motifs

MASSON, Jean Paul. La ley del 30 de julio de 2013 de creación de un Tribunal de la Familia y de la Juventud. Periódico de los Tribunales. Nro.6555-11/2014-15/03/2014 p 181 y siguientes.

MASSON Jean Paul, La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse in Journal des Tribunaux, N° 6555 - 11/2014 - 15/03/2014 p 181 et svt

Alan-Charles Van Gysel. Compendio de derecho de las familias y de la persona. ANTHEMIS ;2013,p 497 a 522.

Alain-Charles Van Gysel, Précis de droit des familles et de la personne, ANTHEMIS, 2013, p.497 à 522

## El Informe Carlile: recomendaciones para los Tribunales Juveniles de Inglaterra y Gales.

Shauneen Lambe



En 2013 se puso en marcha una investigación parlamentaria independiente sobre el funcionamiento y la efectividad del Tribunal de Menores en medio de la creciente preocupación por la opinión generalizada que los tribunales de menores, en su forma actual de funcionamiento, no cumplen efectivamente los objetivos principales de prevenir la reincidencia del delito entre los menores de edad y de velar adecuadamente por su bienestar.

Como integrante del panel de investigación, tuve la oportunidad de acompañar el arduo trabajo y el compromiso de todas las partes involucradas: desde los testigos, hasta los colegas integrantes del panel y puedo dar cuenta de la dedicación y el interés de los parlamentarios, el liderazgo de Lord Carlile y la profundidad y dedicación a la redacción del informe demostrada por Ali Wigzell, un investigador del Instituto de Investigación sobre Políticas Penales y autor de las Reglas de Compromiso del Centro para la Justicia Social de 2012<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar del arduo trabajo ya volcado en el informe, todavía resta por hacer el trabajo más difícil. El informe reclama con carácter de urgencia una reforma en el sistema de ingreso de los niños a la justicia y en el tratamiento que reciben una vez dentro del sistema de justicia penal en Inglaterra y Gales. Lo que más disfruté como miembro del panel de investigación fue observar cómo se desarrollaron y evolucionaron los próximos pasos. Todas las partes involucradas en la investigación se han comprometido con la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe, que me resultaron inusuales y a la vez fantásticas. A continuación me referiré a algunos de esos avances en forma detallada.

Primero algo sobre los antecedentes: la investigación parlamentaria independiente sobre el funcionamiento y la efectividad de los

Tribunales Juveniles fue una iniciativa que se pudo llevar a cabo como resultado de la diligencia y la dedicación de la Fundación Sieff. La Fundación Sieff fue creada en 1978 y ha asumido el compromiso de mejorar las políticas y las prácticas tendientes al bienestar de los niños y los jóvenes. Además de los aportes de la Fundación Sieff, la investigación se financió con fondos del Dawes Trust y fue administrada por el Consejo Nacional del Menor, que ha contribuido a mejorar la vida de niños y jóvenes, especialmente los más vulnerables, a través de políticas públicas durante los últimos 50 años.

El panel de parlamentarios estuvo integrado por miembros de la cámara alta y de la cámara baja del gobierno, de la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, y de representantes de todos los partidos políticos. El panel de asesores de los parlamentarios fue elegido sobre la base de la experiencia en el campo de la justicia juvenil. Durante el curso de la investigación, se presentaron testimonios orales de cuarenta y tres individuos con experiencia de trabajo con niños y jóvenes en conflicto con la ley, así como de niños y jóvenes que estuvieron involucrados en el sistema de justicia juvenil. Se estudiaron cincuenta y cinco presentaciones escritas antes de la preparación del informe. Se invitó a los parlamentarios a visitar un centro educativo de régimen cerrado, un centro de detención para menores de 15 años y niños vulnerables, y también a presenciar una sesión de un tribunal del menor. Todos los colaboradores dedicaron su tiempo en forma *ad honorem*, los únicos costos generados fueron los de administración y los de redacción del informe.

Para quienes estén interesados en los detalles de la evidencia y las conclusiones del informe en inglés, se lo puede consultar en: [http://www.ncb.org.uk/media/1148432/independent\\_parliamentarians\\_inquiry\\_into\\_the\\_operation\\_and\\_effectiveness\\_of\\_the\\_youth\\_court.pdf](http://www.ncb.org.uk/media/1148432/independent_parliamentarians_inquiry_into_the_operation_and_effectiveness_of_the_youth_court.pdf)

El panel llegó unánimemente a diversas recomendaciones para la mejora inmediata de la forma en que son tratados los niños en el sistema de justicia juvenil. Muchas de estas recomendaciones no sorprenderán a quienes trabajan con niños y jóvenes vulnerables. El informe también establece potenciales plazos para la implementación de las recomendaciones.

No estoy proponiendo analizar todas las recomendaciones ni rastrear los numerosos problemas que enfrenta el sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales. Dedicaré el resto del artículo a algunas de las áreas fundamentales de preocupación y a las soluciones propuestas.

<sup>1</sup>[http://www.centreforsocialjustice.org.uk/UserStorage/pdf/Pdf%20reports/CSJ\\_Youth\\_Justice\\_Full\\_Report.pdf](http://www.centreforsocialjustice.org.uk/UserStorage/pdf/Pdf%20reports/CSJ_Youth_Justice_Full_Report.pdf)

## 1. Uso de tribunales de adultos para los niños

Tanto los que prestaron testimonio para la investigación como los propios parlamentarios manifestaron que los niños no deben ser juzgados en tribunales de adultos, salvo en muy raras ocasiones. Algunos parlamentarios pensaron que en algunos casos podría ser apropiado o necesario que los niños sean juzgados en tribunales de adultos, por ejemplo, cuando son acusados de un delito extremadamente grave o de gran notoriedad. Otro ejemplo es si son acusados junto con un adulto, por lo que no sería justo para las víctimas y los testigos que el adulto y el niño sean juzgados por separado, ya que esto significaría que tanto las víctimas como los testigos tendrían que comparecer ante el tribunal dos veces.

El tribunal de adultos en Inglaterra y Gales tiene dos instancias: el tribunal de primera instancia de adultos y el Tribunal de la Corona. El tribunal de primera instancia trata los delitos relativamente menores, y la sentencia máxima que puede imponer es de seis meses de prisión. El Tribunal de la Corona trata los delitos más graves. Estos tribunales de adultos difieren de los tribunales juveniles de diversas maneras. El Tribunal de la Corona difiere principalmente en las formalidades; en el Tribunal de la Corona los jueces y los abogados se visten con las tradicionales pelucas y togas y frecuentemente utilizan un lenguaje arcaico. En los Tribunales de la Corona también hay jurados. Los jurados están compuestos de doce miembros seleccionados al azar que deciden si una persona es culpable o no es culpable de un delito, en lugar del juez, aunque es el juez quien decide la sentencia que corresponde si el jurado encuentra culpable al acusado.

El Tribunal de la Corona puede resultar muy intimidante para los niños y puede resultar un verdadero obstáculo para la administración de justicia para los menores de edad. Muchos niños involucrados en casos penales tienen problemas de conducta o de salud mental. Según el informe 'Young Lives Behind Bars' (Vidas de jóvenes detrás de las rejas), recientemente publicado por la British Medical Association<sup>2</sup>, aproximadamente 60% de los niños bajo custodia tienen 'significativas' dificultades de habla y aprendizaje; 25-30% tienen discapacidades para el aprendizaje y hasta 50% tienen dificultades para el aprendizaje.

Cuando un niño vulnerable es acusado de un delito, un jurado lego puede juzgar cómo se comporta en la corte en lugar de determinar si ha cometido los actos de los que se lo acusa, especialmente si los miembros del jurado no tienen conocimientos sobre los problemas de

salud mental o no están familiarizados con la forma en que se manifiestan.

Otro problema para los niños que quedan atrapados en el sistema de justicia penal de Inglaterra y Gales es que se trata de un sistema acusatorio, por lo que el objetivo de la fiscalía es avanzar con el caso y demostrar la veracidad de sus versiones de los hechos, más que esclarecer la verdad. Esto significa que se espera que los niños vulnerables con dificultades de comunicación presenten su evidencia, defendiéndose de las acusaciones del fiscal, mientras se encuentran cercados por abogados que actúan en casos de delitos graves con muchos años de experiencia en el interrogatorio de acusados. Obviamente hay una desigualdad en las destrezas, por eso no sorprende que, cuando se ven enfrentados a este nivel de interrogación, los niños no puedan rendir cuenta de sus actos de la mejor manera. Esto por supuesto también sucede con los niños testigos y víctimas, y aunque se están haciendo esfuerzos por remediar esta falencia en el caso de los niños testigos y víctimas, aún está por verse si se aplicarían las mismas protecciones a los niños acusados de delitos.

En el caso de 2005 *SC v UK*, la Corte Europea de Derechos Humanos revirtió la condena de un niño de 11 años que había sido juzgado en una Corte de la Corona de adultos alegando su incapacidad para participar efectivamente en el juicio. La Corte Europea manifestó que si el Reino Unido elige criminalizar a sus niños en lugar de aplicar otros procesos que serían más aptos para preservar el bienestar de los menores de edad, resultaba 'esencial que se los juzgue en un tribunal especializado que pueda prestar plena consideración y tomar en cuenta apropiadamente las limitaciones que tienen y adaptar el proceso a esta situación'.

Todos los parlamentarios que participaron del informe reconocieron que la comisión de delitos por parte de los niños surge de una compleja variedad de necesidades sociales, de comunicación y de salud mental a las que los servicios de acción social no están dando una respuesta adecuada, con la consecuencia de que los niños 'caen' en el sistema de justicia penal. Una vez que están en el sistema, los tribunales penales no poseen los medios para abordar sus necesidades, que frecuentemente continúan siendo ignoradas o son identificadas por azar durante el juicio. Esto es provocado por una falta de evaluación efectiva de las necesidades de los niños antes de que se presenten ante la corte y lleva a que los niños acusados no puedan participar o tengan una limitada comprensión del proceso, con lo que finalmente fracasa la administración de justicia.

Juzgar a los niños en tribunales de adultos es contrario al principio que los niños son diferentes

<sup>2</sup> <http://bma.org.uk/news-views-analysis/news/2014/november/helping-vulnerable-children-at-risk-of-incarceration>

de los adultos y a nuestro compromiso con la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En reconocimiento de su corta edad, los niños deben ser tratados de manera diferente por el sistema de justicia. Enviar a los niños al Tribunal de la Corona o acusarlos conjuntamente con un adulto en los tribunales de adultos significa un mal uso de los recursos de los Tribunales Juveniles. Esto también puede tener graves consecuencias, como lo ilustra el trágico caso de una niña de 17 años que se suicidó después de comparecer ante un tribunal de adultos. He trabajado muy de cerca con la familia de esa niña de 17 años, Kesia Leatherbarrow, y tengo presente todo el tiempo el dolor visceral de sus padres. Kesia era una joven con antecedentes de depresión y de autolesiones que claramente necesitaban ayuda y asistencia. En lugar de recibir ayuda, Kesia fue tratada como una delincuente adulta, recluida en una celda policial durante tres días y dos noches por tenencia de una pequeña cantidad de cannabis y una ventana rota. A pesar de exhibir una conducta preocupante y después de pasar el fin de semana en una celda en una comisaría, fue enviada a un tribunal de primera instancia de adultos porque era el único tribunal que trabajaba ese día. Nadie identificó ni consideró la vulnerabilidad de Kesia, quien fue liberada sin supervisión de un adulto para regresar al tribunal juvenil al día siguiente. Pero cuando llegó el día siguiente Kesia estaba muerta: la encontraron colgada en el jardín de una casa en la que se estaba alojando.

### **Lord Carlile CBE QC, presidente del panel de investigación dijo respecto de los niños que comparecen ante los tribunales de adultos (de la Corona):**

'Aunque se han elaborado muchas buenas prácticas con los años en relación con los delitos cometidos por niños, encontramos que el sistema de justicia juvenil dista mucho de ser apto para este propósito. Con mucha frecuencia se deja a los niños deambular en los tribunales con una escasa comprensión de lo que les está ocurriendo. En ningún lugar esta falta de compromiso y comprensión es más evidente que en el Tribunal de la Corona. Aún con determinadas medidas especiales para que el tribunal sea más apto para los niños, hay contundentes evidencias de que la experiencia ante el Tribunal de la Corona es negativa y aterradora para los niños. Dentro de lo posible, no se debería llevar a los niños ante un tribunal, y la comparecencia ante el Tribunal de la Corona para un menor de 18 años debería ser una rara excepción'.

### **2. La falta de abogados especializados en niños y el futuro**

La investigación parlamentaria determinó que no hay suficientes profesionales especializados en el sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales y

que hay muchos profesionales, incluyendo a los miembros del poder judicial, que no están lo suficientemente capacitados como para reconocer las necesidades de los jóvenes en conflicto con la ley y que no tienen conocimiento específico sobre los jóvenes y la legislación que rige los tribunales juveniles.

En Inglaterra y Gales el tribunal de menores de edad frecuentemente se utiliza como lugar para que los profesionales que están dando sus primeros pasos en la profesión 'corten los dientes', ya que se percibe erróneamente a los tribunales juveniles como un lugar menos complejo y menos importante que los tribunales penales de adultos. Esto frecuentemente trae como resultado una representación inapropiada de los niños por parte de profesionales que no están capacitados para identificar las necesidades insatisfechas de los niños vulnerables, con las consiguientes sentencias inapropiadas.

Después de la publicación del informe de investigación, The Bar Standards Board y Cilex Professional Standards, los organismos profesionales que representan a los abogados litigantes y ejecutivos legales en Inglaterra y Gales, buscaron expresiones de interés de las organizaciones dedicadas a la investigación y con suficiente experiencia como para llevar a cabo una revisión independiente de la práctica en los tribunales de menores de Inglaterra y Gales. The Bar Standards Board y CILEX dijeron:

'El análisis sigue a la publicación del informe final de la investigación parlamentaria independiente sobre el funcionamiento y la efectividad del Tribunal de Menores presidido por Lord Carlile of Berriew CBE QC. La investigación emitió varias recomendaciones clave, una de las cuales establece que "todos los profesionales que representen a niños en las comisarías y actúen en casos que involucran a niños deben estar acreditados para hacerlo".

El objetivo del análisis de Bar Standards Board and CILEX es identificar y examinar las habilidades, el conocimiento y los atributos necesarios para que los abogados que actúan en tribunales de niños trabajen en forma eficiente. El resultado será una base de evidencias a partir de la cual los dos reguladores puedan identificar los riesgos existentes dentro de la práctica de los abogados en los tribunales de menores y establecer que se deben poner en práctica acciones regulatorias.

Este es un resultado muy importante de la investigación y con la próxima entrega del análisis (la fecha de publicación del informe es junio del año próximo), existen verdaderas esperanzas de que mejore el nivel de representación de los niños en los tribunales de menores. El único aspecto negativo del análisis es que no contó con el apoyo de la Law Society. The Law Society es el

organismo profesional que agrupa a los abogados y procuradores en Inglaterra y Gales. Los profesionales agrupados en esta sociedad reúnen a una gran proporción de los abogados que representan a los niños en casos penales, ya que la gran mayoría de los casos de justicia juvenil se tramitan en los tribunales de menores, en donde los abogados/procuradores tienen derecho a participar en las audiencias. Si The Law Society no apoya este estudio sobre las normas de práctica y la representación legal de los niños en el sistema de justicia juvenil, podremos terminar con un sistema de dos niveles, en el cual la mitad de los profesionales del derecho en Inglaterra y Gales requerirán especialización y capacitación y la otra mitad no. Sin duda, las víctimas de este sistema dual serán los niños vulnerables, que no podrán identificar qué profesionales están más capacitados para representar sus necesidades.

En este sentido, parece correcto comentar que si en la práctica de la medicina se ofreciera la opción de contar con un pediatra o un médico generalista para atender a los niños, es muy probable que uno eligiera al especialista en lugar del generalista para que brinde sus conocimientos y experiencia. Lo mismo se puede decir de los casos legales: si una persona tiene un problema impositivo recurre a un abogado especializado en impuestos en lugar de a un abogado generalista; del mismo modo, los niños deben contar con un abogado especializado, con todo lo que ello implica. Esto significa no sólo la experiencia legal, sino también la experiencia para comunicarse con un niño (seguramente no consideramos que un profesor universitario requiere las mismas habilidades de comunicación que una maestra de jardín de infantes) y para poder identificar las posibles dificultades de aprendizaje o los problemas de conducta que puede manifestar un niño involucrado en un caso penal. Como declaró públicamente el presidente del informe, Lord Carlile: 'una mejor capacitación de los [jueces] y abogados del tribunal aportaría un mayor nivel de comprensión. Recomendamos que para poder cumplir estas funciones se exija haber recibido capacitación y probar la competencia para desempeñarse en el Tribunal del Menor por medio de una certificación.'

### 3. Rehabilitación y reinserción

Hubo amplio reconocimiento entre los que prestaron testimonio que se ha reducido la cantidad de niños que llegan al sistema de justicia juvenil. Esta es una buena noticia para los abogados de niños que fueron testigos de que Inglaterra y Gales tenían los mayores niveles de reclusión de niños de toda Europa hace sólo 5<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Ver Asociación Nacional para el Cuidado y Reinserción social de los delincuentes (NACRO) <http://www.nacro.org.uk/data/files/useofcustodychildren-802.pdf>

años. No obstante, la disminución en el número ha significado que los niños que ahora llegan al sistema de justicia penal frecuentemente son los más problematizados o vulnerables. En el curso de la investigación se percibió que los profesionales están esforzándose para llegar a un consenso sobre el principal objeto de los tribunales juveniles, con un énfasis cambiante entre la prevención de las conductas delictivas y el castigo versus atender a las necesidades de bienestar del niño y administrar justicia.

En Inglaterra y Gales, debido a que la legislación señala que el objetivo primario del sistema de justicia juvenil es 'prevenir las conductas delictivas', el foco de los tribunales ha estado puesto en determinar la inocencia o la culpa y la aplicación de sentencias. Un enfoque alternativo y quizás más beneficioso, tanto para la sociedad como para el niño, podría ser tomar un enfoque holístico e integral para abordar los problemas que subyacen a las conductas delictivas. No cumplir esto representa uno de los principales obstáculos para prevenir la reincidencia. Un profesional muy experimentado dijo en la investigación:

'La mira puesta en el castigo en lugar de en la resolución de problemas contribuye a nuestros altos niveles de reincidencia'. Las tasas de reincidencia de los niños en el sistema de justicia juvenil son de hasta el 70%; el sistema que tenemos claramente no está funcionando. Cualquier empresa que registre un déficit del 70% en el logro de sus objetivos seguramente quedaría fuera del negocio.

Hubo consenso entre los parlamentarios respecto de la necesidad de contar con mejores formas de abordar las necesidades subyacentes de los jóvenes que entran en contacto con el sistema de justicia juvenil. Como señaló Lord Carlile:

'Ya sea en el Tribunal de la Corona o en el Tribunal del Menor, en numerosos casos los niños con múltiples problemas de salud mental se han encontrado ante los tribunales penales en lugar de ser atendidos por los servicios de salud mental para niños y adolescentes (CAMHS). .....Algunas veces los tribunales se presentan como la salida menos difícil para los profesionales actuantes, aun cuando es la peor para el niño'.

Lord Carlile presentó evidencia que conmovió al panel, por ejemplo, el caso de un menor de 15 años que se autolesionaba y su tía ya no lo podía contener, que fue procesado por causar alarma y aflicción al oficial de policía que concurrió al hogar: la alarma y aflicción fueron aparentemente causadas por enfrentarse al niño que trataba de lesionarse. No había habido ninguna otra intervención, y cuando fue interrogado por el juez del caso, el fiscal afirmó confidencialmente que el procesamiento era el único curso de acción apropiado. La idea de que este era el mejor recurso disponible fue, como mínimo,

sorprendente. Simplemente, lo que el niño necesitaba era un análisis exhaustivo de su caso por servicios externos al sistema de justicia penal.

En el Reino Unido existen alternativas al procesamiento y al enjuiciamiento en la corte, pero debido a que son medidas discrecionales que deben ser adoptadas por los quienes toman las decisiones a nivel local, frecuentemente la policía junto con los equipos de delincuencia juvenil, las aplica de diferente manera según la jurisdicción. Esto ha llevado a una suerte de 'lotería de códigos postales' de los servicios brindados en un intento de evitar criminalizar a los niños vulnerables. Como bien señaló Lord Carlile:

'El problema cuando estos niños ingresen a los tribunales es que los tribunales generalmente sólo pueden focalizarse en el delito, en lugar de hacer foco en el niño y en las circunstancias que determinan su conducta.'

#### 4. Pizarra en blanco

Desde hace mucho tiempo los defensores de los derechos de los niños presionan por una legislación 'pizarra en blanco', que permita que se les dé la oportunidad a las personas que han sido procesadas siendo niños, especialmente de delitos menores, de que dichos delitos sean borrados de sus antecedentes al cumplir 18 años.

El oneroso sistema de Inglaterra y Gales de criminalizar a los adolescentes e insistir en divulgar sus antecedentes penales cuando se los está evaluando para un empleo, significa que a una gran cantidad de jóvenes se les cierran oportunidades de empleo y educación por actos que cometieron cuando eran adolescentes. Esta situación comprometió al hijo del ex Primer Ministro, Euan Blair, que recibió una advertencia por estado de ebriedad y desorden y tuvo que superar este escollo cuando presentó su solicitud para estudiar en los Estados Unidos, y al hijo del ex Secretario de Interior, Jack Straw, que recibió una advertencia por posesión de cannabis.

El problema de la divulgación de las infracciones cometidas por jóvenes o menores de edad fue el tema de un caso reciente ante la Corte Suprema del Reino Unido en la que se exigió a un hombre de 25 años que se postulaba como entrenador de un equipo de fútbol que dé información sobre una advertencia que recibió cuando tenía 11 años por el hurto de una bicicleta. El tribunal determinó que, bajo el sistema actual de divulgación de información, se podía exigir a este hombre que informe sobre su 'delito' cuando se estaba presentando para un nuevo trabajo con personas vulnerables, lo que constituía una violación al derecho de respeto por su vida privada dispuesto por el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Una de las principales recomendaciones del informe se relaciona con los antecedentes penales. Los niños que han cometido delitos menos graves y que han dejado de delinquir,

deberían tener la oportunidad que se limpien sus antecedentes al cumplir 18 años. Los Miembros del Parlamento y otros actores recibieron muchas quejas de adultos que tenían dificultades para obtener empleo por antecedentes de actos cometidos antes de cumplir los 18 años. Esto es inaceptable. Un aspecto importante de la rehabilitación es la posibilidad de ingresar a la vida adulta en los mismos términos que otros.

#### Conclusión

En conclusión, la investigación es un buen recordatorio para la sociedad y para el sistema legal que existen fallas fundamentales en la forma en que estamos tratando a unos de los componentes más vulnerables de nuestra sociedad: los niños. Frecuentemente se piensa que la sociedad británica está dispuesta a ver un delincuente primero y un niño en segundo lugar. Creo que todos los que trabajamos en el sector de justicia juvenil deseamos que esta situación se revierta. Sobre la base de una investigación parlamentaria independiente y el apoyo de un amplio número de parlamentarios, esperamos que el informe y el estudio puedan abrirnos puertas e iniciar conversaciones que pongan en marcha un movimiento de bienestar y preocupación más que uno de castigo y ejemplaridad.

[Shauneen Lambe](#), abogada (EUA), es directora ejecutiva de Just for Kids Law. La organización brinda apoyo integral y representación legal a niños y jóvenes vulnerables e impulsa cambios sistemáticos a través de estrategias judiciales y reformas de políticas. En 2013, Shauneen estuvo entre las finalistas para los premios Legal Aid Lawyer of the Year y Liberty's Human Rights Lawyer of the Year por su trabajo con los jóvenes

#### Novedades del Parlamento

El 11 de noviembre de 2014 se aceptó la reforma a los códigos PACE<sup>4</sup> del sistema de justicia penal en la Cámara de los Lores. A partir de la primavera de 2015, ningún menor de 17 años podrá permanecer bajo custodia policial toda la noche. En lugar de esto deberá ser trasladado a un sitio vigilado dispuesto por las autoridades locales. La ley Kesia (caso referido anteriormente) es una realidad. @justforkidslaw

---

<sup>4</sup> Evidencia policial y penal

## Desafíos relativos a los derechos del niño en el ámbito de la justicia juvenil en Hungría

Eszter Párkányi



### Introducción

Luego de un prolongado proceso de redacción de más de 10 años, el Parlamento Húngaro adoptó un nuevo Código Penal el 1 de junio de 2012 y, como parte de éste, aprobó la reforma del sistema de justicia juvenil. Lamentablemente, según el Ombudsman de los Derechos Fundamentales y una serie de organizaciones no gubernamentales, este nuevo sistema no está ni cerca de ser un sistema con visión a futuro o adaptado a los niños de acuerdo con los requisitos de los documentos internacionales sobre derechos del niño<sup>1</sup>.

En septiembre de 2014, el Comité de los Derechos del Niño expresó sus preocupaciones con respecto a las características cuestionadas de la nueva política penal, confirmando las dudas de las mencionadas organizaciones e instando al gobierno a encontrar la forma de garantizar que la legislación y la práctica judicial se adapten a los niños<sup>2</sup>. Hay una larga lista de cambios problemáticos que han configurado el sistema en los últimos años y que pueden tener un impacto social significativamente negativo en los años venideros.

Este artículo apunta a establecer los puntos que tienen relevancia directa en el ámbito judicial. Antes del análisis, me gustaría hacer una breve introducción al sistema judicial y a las tendencias delictivas en Hungría.

El sistema de justicia juvenil de Hungría se construye sobre la herencia germano-austríaca de la tradición del derecho civil, además de estar fuertemente influenciado por características de la era socialista, tales como el requisito de basar la imputabilidad de los actos delictivos en la premisa que tengan un impacto perjudicial en la sociedad.

La justicia juvenil es parte del sistema judicial general, con un excepcional tipo de legislación procesal y sustantiva especial aplicable según la

edad del perpetrador. Esta excepción procesal es evidente también en la teoría jurídica. Hungría no tiene leyes independientes de justicia juvenil sustantiva o procesal, pero desde 1961, han sido incorporadas al Código Penal y a la Ley sobre Procedimiento Penal. Las reglas especiales, no obstante, no se extienden a la parte especial del Código Penal; la edad es reconocida solamente como una circunstancia que modifica el tipo de sanción o modera su gravedad. Teóricamente, los niños son capaces de cometer cualquier tipo de acto delictivo. Como resultado, el 'sistema de justicia juvenil' es mejor entendido como un "sistema de justicia mitigada", más que como un marco especial para los niños que delinquen.

La cantidad de niños menores de 18 años es aproximadamente de 1,9 millones, y ha estado decreciendo en forma constante durante los últimos 18 años<sup>3</sup>. El Informe Anual del Ombudsman de los Derechos Fundamentales (2013:p62) presenta de la siguiente manera la cantidad de esos niños que se encuentran en algún tipo de riesgo:

"[...] más de 200.000 niños fueron registrados como niños "en riesgo" [a los fines de la protección del niño]; más de 10.000 niños se encontraban dentro del sistema de justicia penal".

Además, alrededor de 6000 niños por año son víctima de un delito violento<sup>4</sup> y aproximadamente 30 niños mueren precozmente como víctimas de abuso físico<sup>5</sup>.

Luego de un breve período de aumento en la criminalidad y luego de la introducción del Código Penal de 2012, la criminalidad en Hungría se estabilizó en un 'puesto intermedio' dentro del ranking europeo<sup>6</sup>. Las tendencias actuales de desviación de la población juvenil se corresponden con las tendencias internacionales. Según los datos del Estudio Internacional sobre Delincuencia mediante Autoinforme (ISRD por sus siglas en inglés)<sup>7</sup>, las tendencias húngaras son, en cierto sentido, similares a las de los países europeos occidentales y post-socialistas. Según el ISRD, los países post-socialistas parecen tener, tanto a nivel general como para el año anterior, los índices más bajos de incidencia de la delincuencia, con la excepción de Hungría, que muestra, en ambos casos, índices delictivos similares a los de los países europeos occidentales. La única excepción es el caso de los delitos graves, en el cual Hungría muestra una incidencia promedio entre los países post-

<sup>3</sup> Datos comparativos del último censo (KSH, 2011).

<sup>4</sup> Última cifra para 2012.

<sup>5</sup> (Ombudsman of Fundamental Rights), 2013.

<sup>6</sup> Kerezsi y Lévy, 2008; Csemáné, 2010:676.

<sup>7</sup> ISRD Junger-Tas, 2012.

<sup>1</sup> Ombudsman's Report, 2012.

<sup>2</sup> CDN CO, 2014.

socialistas, lo que representa una menor proporción que en Europa Occidental.

A la vez que se intenta promover que los niños 'criminales' asuman la responsabilidad por sus actos, detener la actividad delictiva de menores de edad parece ser un aspecto central de las políticas de prevención del delito en Hungría. Las estadísticas oficiales indican una disminución moderada en los registros de desviación juvenil en los últimos diez años. La cifra absoluta de niños que delinquen (menores de 14) bajó de 3.553 en 2003 a 2.604 en 2012, mientras que los índices de delincuencia juvenil están oscilando entre 10.000 y 12.000 casos registrados por año<sup>8</sup>. Los niños involucrados en actividades delictivas representan el 0,2% de la población de esta edad (0 a 14 años), mientras que la proporción de delincuentes juveniles de 15 a 18 años representa aproximadamente el 2,3% de la población de jóvenes. Los índices más altos de delincuencia son los de las regiones del norte y el sur del país, y los índices más bajos se han registrado en las regiones de la frontera occidental, lo cual se puede atribuir a la desventaja socioeconómica de las regiones del norte y el sur<sup>9</sup>. Los niños que viven en estas partes del país corren más riesgo de exclusión y segregación social y tienen más probabilidades de participar en actos delictivos.

Según los datos de la Oficina del Fiscal Público:

- el 43,5% de los jóvenes comete actos delictivos en forma individual, mientras que
- el 28% se involucra en delitos como miembro de un grupo;
- aproximadamente el 8,7 % de los jóvenes que cometieron actos delictivos habían cometido un acto delictivo registrado anteriormente;
- la participación de niñas crece en forma muy lenta<sup>10</sup>;
- la enorme mayoría de los jóvenes que delinquen son varones<sup>11</sup>; los niños no solo cometen tres veces más delitos que las niñas, sino que sus delitos se consideran lo suficientemente graves para ser abordados con intervenciones institucionales, como arresto o educación correccional en establecimientos cerrados<sup>12</sup>.

Por lo tanto, la justicia juvenil en Hungría se construye básicamente sobre la criminalidad de los niños varones, y esta tendencia a la sobrerrepresentación de los varones en los índices de condena continúa entre los adultos

jóvenes<sup>13,14</sup>. A las niñas que delinquen en general se les aplican medidas alternativas al sistema judicial, como medidas de protección infantil o medidas no privativas de la libertad.

### La nueva dirección de la legislación húngara

Las leyes de justicia juvenil en Hungría no han sido modificadas significativamente desde la transición política de 1989 a pesar del hecho de que la dirección potencial de la legislación juvenil siempre ha sido el foco de la codificación y los debates públicos.

En 2001 se creó el Comité de Codificación para la redacción del nuevo Código Penal; ninguno de los múltiples planes y proyectos del nuevo sistema de justicia juvenil prosperó hasta 2012. La razón de que este proceso fuera tan prolongado no fue un tipo de preparación basada en la evidencia, ya que la investigación sobre la eficacia de las instituciones jurídicas o los temas empíricos de delincuencia es muy inusual en Hungría.

La prolongada preparación se debió más bien a la falta de acuerdo sobre las preferencias políticas y profesionales. En 2010, el gobierno recientemente electo del Partido Fidesz 'heredó' la tarea de la codificación penal de los gobiernos previos, y después de ocho años de debates, se redactó el proyecto de un nuevo Código Penal en menos de dos años. Dada la oportunidad de gobernar con una amplia mayoría en el Parlamento, el proyecto de ley fue adoptado sin debate real o consulta previa a profesionales en la materia.

Pero el Código Penal no fue la única modificación que afectó a la justicia juvenil (ver tabla 1 más abajo). En agosto de 2010, entre sus primeros actos legislativos, el gobierno modificó la Ley de Delitos Administrativos de 1999, introduciendo la medida comúnmente llamada "short sharp shock" de confinamiento de corto plazo en el sistema de justicia juvenil.

Dos años después, la Ley fue reemplazada por una nueva Ley de Delitos Administrativos, que aún permite el confinamiento de menores. En septiembre de 2011, se **abolió** el artículo 448, párrafo (1), de la Ley de Procedimiento Penal de 1998 sobre la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Regionales en casos de justicia juvenil. Con este acto legislativo, la mayoría de los casos de justicia juvenil han sido asignados a tribunales locales.

Este artículo apunta a profundizar sobre los desafíos que enfrentan los derechos del niño a partir de la adopción de las nuevas leyes de justicia juvenil en Hungría, focalizándose en sus efectos sobre las prácticas judiciales.

<sup>8</sup> Lagfőbb Ügyészég Informatikai.Osztály (LUOI 2013, tabla 1).

<sup>9</sup> LÜIO, 2013.

<sup>10</sup> El porcentaje de participación de niñas fue de 13,9% en 2003 y de 17,6% en 2012, ver LÜIO, 2010: tabla 6 y LÜIO, 2013: tabla 13.

<sup>11</sup> Csemáné, 2010.

<sup>12</sup> Junger-Tas, 2012:80.

<sup>13</sup> Kerezsi y Lévy, 2008.

<sup>14</sup> En adelante usará el género masculino.

Tabla 1. Cambios relevantes en el sistema de justicia juvenil actual

Ley	Cambio	Vigente desde
Ley de Delitos Administrativos, 2012/II	<b>Confinamiento de corto plazo, conocido como short sharp shock</b>	19 de agosto de 2010
Ley de Código Penal de Hungría, 2012/C	<b>Reducción de la EMRP para los delitos más graves</b>	1 de junio de 2013
	<b>Medida penal que permite la privación de la libertad de niños de 12 y 13 años</b>	
Ley de Procedimiento Penal, 1998/XIX	<b>Abolición de normas sobre el requerimiento de jueces especializados</b>	1 de septiembre de 2011

### A) Reacción administrativa a los delitos menores

La legislación húngara sobre conducta desviada separa entre desviaciones "socialmente perjudiciales" y "no perjudiciales". La primera categoría cubre actos delictivos, mientras que la segunda se refiere a ciertas infracciones menores (como robo menor, de menos de 160 euros) y conductas antisociales (como exceder la velocidad máxima permitida o pedir limosna). Este segundo grupo incluye los actos que se conocen comúnmente como delitos menores, no obstante, según la ley, se trata de delitos administrativos, por los que una autoridad pública, como la policía o un notario, pueden imponer una multa, ordenar trabajo comunitario o solicitar al tribunal que ordene confinamiento. Como se asume que estos actos no son perjudiciales para la sociedad, el procedimiento es tradicionalmente más simple que en un caso penal, y la sanción aplicada más comúnmente es una multa.

En el verano de 2010, la modificación de la Ley de Delitos Administrativos de 1999 abolió la prohibición del confinamiento en casos de delitos menores cometidos por niños<sup>1</sup>. La modificación apuntaba a agravar las consecuencias de los actos antisociales de niños que se producen cotidianamente y, por lo tanto, son visibles en las comunidades. Esto coincide con la ley y la política de seguridad previamente declaradas. Según las nuevas reglas, un funcionario puede ordenar hasta 45 días de confinamiento para un niño que cometió robos menores, fue forzado a prostituirse o fue atrapado cometiendo un delito y en otros casos de delitos menores. La intención es que esta reacción severa resulte represiva y tenga efecto disuasivo.

Los datos sobre delitos administrativos están disponibles únicamente desde abril de 2012, en consecuencia, basé mi investigación en los datos correspondientes al período del 15 de abril de 2012 al 31 de diciembre de 2013<sup>2</sup>. Se desconoce

la edad de los autores de estos delitos, pero las cifras cubren a niños de entre 14 y 18 años. De los 35.331 delitos registrados:

- la mayoría corresponde a violaciones de las normas de tránsito (16.766 casos),
- en segundo lugar, 8.131 casos corresponden a delitos contra la propiedad (mayormente hurtos en comercios),
- 2.714 casos corresponden a delitos contra la limpieza pública,
- 1.956 casos corresponden a conducción de vehículos sin licencia, y
- 923 corresponden a delitos de prostitución.
- En 390 casos, el funcionario judicial o juez a cargo del caso determinó que la privación de la libertad era la solución adecuada. Resulta interesante señalar que casi todos los arrestos fueron respuesta a delitos contra la propiedad (280) o delitos de prostitución (80).

Lamentablemente, no hay datos sobre las acciones adicionales tomadas por el juez para gestionar medidas de protección infantil para el apoyo de estos niños cuyo delito administrativo fue una clara señal de falta de apoyo y protección por parte de sus familias.

Expresiones de preocupación:

- Las organizaciones de derechos humanos civiles y públicos expresaron sus preocupaciones con respecto a las nuevas regulaciones, que, en su opinión, entran en conflicto con los derechos del niño a la protección y la libertad personal. El Ombudsman de los Derechos Fundamentales (Informe del Ombudsman de los Derechos Fundamentales 2012:p21) le solicitó al Ministro de Asuntos del Interior que redacte una nueva reglamentación que respete los derechos del niño y se focalice en el apoyo de los niños en lugar de concentrarse en el castigo. A pesar de las advertencias del Ombudsman y las quejas de las ONG, la nueva Ley de Delitos Administrativos, que entró en vigencia el 15 de abril de 2012, todavía permite el

<sup>1</sup> Lévy, 2012.

<sup>2</sup> Ministerio de Asuntos del Interior, 2014.

arresto en casos de delincuencia juvenil<sup>3</sup>. Por esta razón, el Ombudsman de los Derechos Fundamentales solicitó una revisión constitucional de la ley a causa de la naturaleza desproporcionadamente severa de la reacción comparada con la conducta subyacente<sup>4</sup>. En su decisión, el Tribunal Constitucional rechazó los reclamos del Ombudsman señalando que el arresto sirve a los objetivos de prevención del delito,

- las tendencias negativas en delincuencia juvenil y
- la necesidad de seguridad pública, que justifica la severidad de la reacción.

En el informe de la minoría de la decisión del Tribunal Constitucional, el juez Lévy presentó una lectura diferente de la Convención sobre los Derechos del Niño. Declaró que la reglamentación cuestionada entraba en conflicto con la obligación de aplicar el arresto como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Estuvo en desacuerdo con la sorprendente decisión de la mayoría<sup>5</sup>.

Además del argumento de la violación de los derechos del niño, Klára Kerezsi (2014) señaló la naturaleza irracional del arresto en términos de costo-efectividad:

"En 2012, un joven delincuente de 17 años de Ózd, noreste de Hungría, robó dos botellas de alcohol de una tienda de alimentos, causando un daño de 5 euros. La pérdida fue compensada inmediatamente, porque el joven fue atrapado durante la comisión del acto. El tribunal lo condenó a 20 días de confinamiento, y la condena fue cumplida en una prisión de menores. El cumplimiento de esta condena a prisión les costó a los contribuyentes 27 euros diarios"<sup>6</sup>.

### **B) Abolición de la jurisdicción exclusiva**

Como mencioné anteriormente, Hungría no tiene una tradición de sistema de justicia juvenil independiente, pero la ley establece un procedimiento en cierto modo especial dentro del sistema judicial general, y las normas de fondo apuntan a aplicar medidas de educación en lugar de medidas de castigo de los niños. En este sistema débilmente especializado, en el cual nunca se requirió formación o capacitación especial por parte de un juez asignado para ponerlo a cargo de casos de delincuencia juvenil, la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Regionales era la única jurisdicción con jueces experimentados y una cantidad de casos apropiada.

Esta perspectiva de garantía de calidad fue totalmente dejada de lado cuando el gobierno abolió el párrafo de la Ley de Procedimiento

Penal de 1998 que establecía la jurisdicción exclusiva. Según la justificación política de esta modificación, abolir la jurisdicción exclusiva se ajusta mejor al objetivo de distribuir los casos para agilizar el proceso legal. Se señaló que en muchos países europeos la demora en la administración de justicia es un problema grave y viola los derechos del niño. No obstante, abolir el sistema de justicia juvenil en su totalidad en Hungría parece ser un acto legislativo precipitado, incauto y desproporcionado a la luz del artículo 40, párrafo 2, punto iii de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como resultado de la abolición, la mayoría de los casos de delincuencia juvenil se han tramitado en los tribunales locales desde septiembre de 2011. Los jueces de estos tribunales no tienen el conocimiento necesario sobre este grupo etario. Desde el 1 de junio de 2013, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Penal, la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) fue parcialmente reducida (ver más abajo). Como resultado, también se ha asignado la privación de la libertad de niños de 12 y 13 años a jueces locales en casos de robo, por ejemplo<sup>7</sup>. El juez no tiene la facultad de decidir si tratará el caso o no, salvo en caso de falta de pruebas adecuadas. Por lo tanto, el niño estará necesariamente involucrado en el proceso penal, en el cual el juez no tiene conocimiento especial para evaluar sus circunstancias y conductas.

Todavía no hay investigaciones empíricas disponibles sobre la actitud y las prácticas de los jueces de los tribunales locales, pero hay algunos casos que plantean el problema de la falta de especialización. Por ejemplo, la prisión preventiva juvenil más desproporcionada, en un caso de robo, duró 13 meses. Según la acusación, el delincuente intentó obligar a la víctima a entregarle su camiseta. Durante su estadía en el correccional, el delincuente de 17 años terminó la escuela secundaria y adquirió la mayoría de edad. El caso ha sido llevado recientemente ante la Corte Europea de Justicia por parte del Comité de Helsinki de Hungría<sup>8</sup>.

### **C) Reducción de la edad mínima de responsabilidad penal**

Según el nuevo Código Penal de 2012, la edad mínima de responsabilidad penal (EMRP) se había reducido de 14 a 12 años en casos de delitos graves, delitos violentos, a saber, homicidio, asesinato, asalto grave, robo y expolio.

El párrafo proporciona una variante de la presunción de incapacidad de dolo (doli incapax), según el cual las medidas solo pueden ser impuestas contra niños menores de 14 años si se prueba que es capaz de entender las

<sup>3</sup> Caso AJB-2324/2012.

<sup>4</sup> Caso II/2806/2012 del Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> Caso II/2806/2012 del Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> Kerezsi, 2014:17.

<sup>7</sup> *El homicidio, el asesinato y otros actos graves aún se tramitan en los Tribunales Regionales, debido a su gravedad.*

<sup>8</sup> 444.hu, 2014.

consecuencias de su acto. Si se prueba mediante un examen psicológico que el niño es capaz de entender las consecuencias de sus actos, el tribunal puede aplicarle 'sanciones'. La mayoría de las sanciones aplicables a los jóvenes cubren medidas no intervencionistas o de supervisión, pero existe la opción de imponer medidas de privación de la libertad en los casos más graves. Al aplicar estas sanciones, la orden puede ser de educación reformativa por un máximo de 4 años en una institución correccional.

El Ombudsman de los Derechos Fundamentales (2013) y numerosas Organizaciones No Gubernamentales expresaron sus preocupaciones cuando se publicó el proyecto de ley del Código Penal, pero la norma no fue tema de debate profesional. Los argumentos de los agentes de derechos humanos fueron, nuevamente, dejados de lado alegando que esta medida favorecía la seguridad pública. El Defensor (2012) declaró más adelante que:

"[...] el establecimiento de la edad mínima de responsabilidad penal se puede justificar después de debate social y negociación profesional; no obstante, esta modificación del Código Penal no se puede justificar por la cifra estadística y la naturaleza de los delitos cometidos por menores"...

Es difícil moldear un argumento opuesto a la edad mínima de responsabilidad penal basándose exclusivamente en las obligaciones internacionales, ya que no hay una edad mínima de responsabilidad penal recomendada a nivel general. La Observación General

Nº 10 del Comité de los Derechos del Niño menciona la edad de 12 años como edad mínima absoluta aceptable para imputabilidad penal y recomienda una edad mayor. El único punto legalmente cuestionable de la reglamentación es su naturaleza excepcional. Es aplicable según el delito penal y la presunción de incapacidad de dolo (doli incapax), por la cual se asume la madurez condicional de un niño para comprender las consecuencias de sus actos, así como para poder participar en un procedimiento penal y comprenderlo. Dado que esta presunción puede llevar fácilmente a un mal uso de la ley, el Comité de los Derechos del Niño recomendó expresamente establecer una EMRP que no permita excepciones:

"en los casos en que, por ejemplo, se acuse al niño de haber cometido un delito grave o cuando se considere que el niño está suficientemente maduro para considerársele responsable penalmente" (Observación General Nº 10 del CDN, párrafo 18)".

Fuera de esta situación irreconciliable, la falta de preparación del sistema es más problemática, y los argumentos en contra de la norma son vagos.

### **Preocupaciones y recomendaciones para mejorar la situación**

Las preocupaciones del Ombudsman los Derechos Fundamentales y las Organizaciones No Gubernamentales sobre la legislación mencionada han sido ignoradas por el Parlamento de Hungría y por el Tribunal Constitucional. La última esperanza de los agentes de derechos del niño era el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, cuya opinión podía ejercer presión sobre el legislador para constituir un sistema de justicia juvenil más adaptado a los niños.

En cuanto a la administración de justicia juvenil<sup>9</sup>, el Comité de los Derechos del Niño expresó especialmente su preocupación sobre:

- la posibilidad de privación de la libertad por delitos menores,
- la suspensión de los tribunales juveniles, que deriva en el traspaso de los casos a los tribunales de jurisdicción local, y
- la reducción de la EMRP de 14 a 12 años para algunos delitos.

El Comité instó a Hungría a armonizar plenamente su sistema de justicia juvenil con los artículos relevantes de la Convención, según lo requerido en la Observación General N.º 10 sobre los derechos del niño. Entre otras cosas, recomienda reinstaurar los tribunales juveniles que emplean a jueces con formación y capacitación especial, así como a psicólogos que están disponibles para apoyar a los niños que se encuentran en conflicto con la ley<sup>10</sup>.

El mensaje claro de las observaciones finales fue que el Gobierno de Hungría debe actuar en función de las recomendaciones de los organismos de derechos del niño y reinstaurar la estructura institucional anterior o desarrollar un nuevo sistema que se corresponda totalmente con las obligaciones relativas a los derechos del niño.

### **Conclusión**

En conclusión, se puede señalar que la reforma penal que tuvo lugar durante los últimos años en Hungría no logró satisfacer su objetivo revolucionario en lo que respecta a la justicia juvenil. La estructura de las leyes y el sistema configurado por éstas se mantuvo igual, pero se eliminaron ciertas restricciones importantes que mantendrían un sistema de imposición de condenas más adaptado a los niños y menos punitivo.

Aparentemente, el concepto no refleja hechos estadísticos o investigaciones empíricas de Hungría o del exterior. Las razones científicas y la lógica de los derechos humanos en lo que

<sup>9</sup> OF del CDN, 2014, punto 56.

<sup>10</sup> OF del CDN, 2014, punto 57, (a) (f).

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

respecta a la delincuencia juvenil y las conductas delictivas parecen ser secundarias frente al objetivo de 'ley y orden público' del legislador.

Algunos de los temas considerados 'asuntos candentes' en el ámbito de la legislación internacional, como por ejemplo:

- la edad mínima de responsabilidad penal,
- la imposición de penas de privación de la libertad a niños,
- la promoción de técnicas de justicia restaurativa, y
- el respeto por los niños en los procesos judiciales y administrativos,

Están violando en la legislación húngara, las obligaciones especificadas plasmadas en diversos acuerdos internacionales.

Más allá de las prácticas precisas criticadas por los expertos en la materia, el aparente apoyo público demostrado por la falta de oposición civil y política apunta a un enfoque diferente. Por lo tanto, al analizar el enfoque de la legislación húngara en los últimos años, es posible observar que los eslóganes políticos neo-correccionales apuntan a un sistema claramente orientado al control, en el cual el rol menos importante es el de los niños propiamente dichos.

La política declarada de desconfianza hacia los niños y falta de respeto por sus necesidades y opiniones va exactamente en la dirección opuesta que las obligaciones que se establecen claramente en los documentos internacionales. Los derechos del niño son mencionados únicamente como correlato de sus obligaciones, y los delincuentes juveniles son etiquetados incluso más frecuentemente como 'niños malos', en contraposición con los 'niños buenos' victimizados. La idea que los niños que cometen delitos pueden pertenecer a ambos grupos parece imposible de integrar la mentalidad pública.

Por esta razón, el paso más importante para un cambio posible en las políticas de Hungría debe enfatizar la importancia de observar que los niños están 'necesitados' además de estar 'en riesgo', y que sus necesidades deben ser una consideración primordial para cumplir la obligación de atender al 'interés superior' del niño.

**Eszter Párkányi** es estudiante de doctorado en el Departamento de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Eotvos Lorand de Budapest.

### Fuentes

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Asamblea General de la ONU, resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigencia: 2 de septiembre de 1990.

Observaciones finales de la I CDN para Hungría, CRC/C/HUN/CO/3-5, 19 de septiembre de 2014. Disponible en:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fHUN%2fCO%2f3-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fHUN%2fCO%2f3-5&Lang=en) (documento consultado el 1 de octubre de 2014)

[Observación General N° 10 del CDN \(2007\) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, del 9 de febrero de 2007.](#)

Csemáné Váradi E. (2010). Hungary. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*. Vol. 2. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg

Junger-Tas, J. (2012). *Delinquent Behaviour in 30 Countries*. In Junger-Tas, Josine, Haen Marshall, Ineke, Enzmann, Dirk, Killias, Martin, Steketee, Majone, Gruszczynska, Beata (Eds.). *The Many Faces of Youth Crime* (3-20). New York: Springer

Kerezsi K. (2014). Challenges of Criminality in Hungary: Anything New Under the Sun? En Kiss V. (ed) *Beyond Punitiveness: Crime and Crime Control in Europe in a Comparative Perspective*. Selección de presentaciones de sesiones plenarias de la Conferencia EUROCRIM2013. *Kriminológiai Közlemények* 73, págs.13-29.

Kerezsi K. y Lévy M. (2008). *Criminology, Crime and Criminal Justice in Hungary*. *European Journal of Criminology*, 5(2): 239-260.

KSH (2011). *Demográfiai adatok. 2.1.1 A népesség korév és nemek szerint, a nemek aránya, 2011*. Tomado de [http://www.ksh.hu/nepszamlalas/tablak\\_demografia](http://www.ksh.hu/nepszamlalas/tablak_demografia) (29/05/2014)

Legfőbb Ügyészség Informatikai Osztály (2013). *Tájékoztató a gyermekkorúak és a fiatalok bűnözésével összefüggő egyes kérdésekről*. Tomado de <http://www.mklu.hu/repository/mkudok9816.pdf> (31/03/2014)

Lévy M. (2012). *Penal Policy, Crime and Political Change*. En: Selih, A. y Završnik A. (eds) *Crime and Transition in Central and Eastern Europe*. Nueva York: Springer Science+Business Media BV, págs. 117-153.

Ministerio de Asuntos del Interior (2014). *Suministro de datos oficiales. Departamento de Estadísticas del Ministerio de Asuntos del Interior*

Ombudsman de los Derechos Fundamentales (2013), *Report on the Activities of the Commissioner for Fundamental Rights of Hungary in the Year 2012*. Budapest: Oficina del Comisionado por los Derechos Fundamentales. Disponible en inglés en:

<http://www.ajbh.hu/documents/14315/129172/Annual+Report+2012/de07c143-0041-463a-afba-491a6b8d1680?version=1.0> (consultado el 7 de enero de 2014)

Defensor de los Derechos Fundamentales (2012), *Child-friendly Justice From the Ombudsman's Perspective*. Disponible en inglés en: <http://www.ajbh.hu/documents/14315/131278/Child-friendly+justice+from+the+Hungarian+Ombudsman%27s+perspective/53bc5136-3d2a-40d2-b576-2ea6a5b2f979?version=1.0> (documento consultado el 7 de enero de 2014)

444.hu (2014). *Kiszabadult a fiú akivel talán a legszemétebb volt a magyar állam*. Available at: <http://444.hu/2014/09/17/kiszabadult-a-fiu-akivel-talan-a-legszemetebb-volt-a-magyar-allam/> (consultado el 9 de octubre de 2014)

Caso II/2806/2012 del Tribunal Constitucional

Caso AJB-2324/2012 del Defensor de los Derechos Fundamentales

## Llamado a la realización de un estudio global sobre niños privados de la libertad

## Defensa de Niños Internacional (DNI)

Este artículo apareció por primera vez en la revista *Scottish Justice Matters (SJM)* Septiembre de 2014.

### Legislación y práctica

La legislación internacional de derechos humanos, y en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN), establece la clara obligación para los estados de usar el encarcelamiento como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda, y de aplicar medidas que favorezcan el interés superior del niño orientadas a su rehabilitación (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 40, 1989). Estas obligaciones, no obstante, son continuamente violadas en muchos países del mundo. Se estima que más de 1.000.000 de niños se encuentran bajo detención penal en todo el mundo (UNICEF, Progreso para la infancia, Un balance sobre la protección de la niñez, número 8, 2009). Este número no incluye sin embargo las otras formas de detención, fuera de la detención penal, o los múltiples casos que no son denunciados. La privación de la libertad es de hecho un concepto muy amplio e incluye “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de La Habana, 1990). Los niños también son, por ejemplo, detenidos en el contexto de inmigraciones a causa de la situación migratoria de sus padres. La detención migratoria de niños *siempre* constituye una violación de los derechos del niño. Los niños también pueden ser confinados por razones de salud física y mental, entre otras.

En el caso de la detención penal, la mayoría de los niños detenidos en sistemas de justicia penal se encuentran en detención preventiva (UNICEF, Progreso para la infancia, Un balance sobre la protección de la niñez, número 8, 2009), lo que contradice el derecho al debido proceso. Y en los casos en que los niños han recibido una sentencia privativa de la libertad por decisión judicial, generalmente es por contravenciones (Oficina de la RESG sobre la violencia contra los niños, Prevención y respuesta a la violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil, 2012).

En todos los casos, los niños privados de la libertad están expuestos a mayores riesgos de violencia y abuso por parte de la policía, prisioneros adultos, oficiales penitenciarios y otros niños detenidos. Sus derechos civiles, políticos,

económicos, sociales y culturales les son negados. La privación de la libertad no debe significar privación de derechos; los detenidos deben seguir gozando de sus derechos como seres humanos (Principios básicos de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, Principio 5, 1990), con el objetivo final de que puedan reinsertarse satisfactoriamente en la sociedad.

### Un desafío a superar

En los 25 años transcurridos desde la adopción de la CNUDN, el tema de la detención de niños nunca se ha abordado en forma adecuada y continúa quedando atrás en comparación con las demás áreas. Se trata de un tema extremadamente grave, ya que la detención de niños no solo viola obligaciones internacionales básicas (*sensu lato*), sino que también expone a todos los niños detenidos, por la razón que sea, a violaciones adicionales de sus derechos humanos (*sensu stricto*). Y el aumento en los casos de detención migratoria indica que, aparentemente, hay más regresiones que mejoras en la situación. Las obligaciones fundamentales de los estados en virtud de la CNUDN claramente no han sido comprendidas, aceptadas o llevadas a la práctica. Otro indicador es la cantidad de veces que los estados han sido instados por mecanismos internacionales de derechos humanos a poner fin a las prácticas inhumanas que constituyen violaciones *per se* de las leyes de derechos humanos, como el uso de la pena de muerte, las torturas, etc. La preocupación subyacente, comparada con otras situaciones (trabajo infantil, tráfico de niños, etc.), es que los niños detenidos se encuentran “a cuidado” del estado, por lo que todo lo que sucede en los establecimientos penitenciarios es en realidad una elección consciente... ¿Ojos que no ven, corazón que no siente?

El tema de los niños en detención tampoco tiene gran prioridad en la agenda social. Lo que no se está entendiendo es que no se trata “meramente” de un asunto legal de incumplimiento de obligaciones internacionales, sino que se trata también de un problema social: hay amplias pruebas de que la detención puede en efecto agravar los índices de reincidencia (UNICEF Toolkit on Diversion and Alternatives to Detention, conjunto de herramientas sobre medidas alternativas a la detención, documento “Compilation of evidence in relation to recidivism”, recopilación de pruebas en relación con la reincidencia, 2009). Durante la detención, los niños se ven expuestos a un mayor nivel de

violencia y son privados de la educación, lo que hace que su futura vida tras las rejas sea aun más difícil. Además, se ha determinado que la detención de niños aumenta el gasto público. Privar a un niño de la libertad tiene impacto a corto y largo plazo sobre el niño y sobre la sociedad en general.

### **El camino a seguir**

Los estados deben comprometerse seriamente a implementar en forma concreta y efectiva los derechos y las medidas codificadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la CNUDN. Los estados tienen la obligación de utilizar la privación de la libertad únicamente como lo indica la ley, como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 40, 1989). Además, se debe promover la aplicación de medidas alternativas, que no requieran procesamiento judicial. Las medidas alternativas evitan la estigmatización y dan buenos resultados para los niños y la seguridad pública, además de ser eficientes en términos de costo. En los casos en que es necesario el procesamiento judicial, las medidas sociales y educativas deben ser la opción prioritaria, ya que “se le debe asignar más relevancia a la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y promover su reintegración que a otras consideraciones” (UNICEF Toolkit on Diversion and Alternatives to Detention, conjunto de herramientas sobre medidas alternativas a la detención, “Compilation of evidence in relation to recidivism”, recopilación de pruebas en relación con la reincidencia, 2009).

Para convertir los derechos en realidad, primero debemos analizar y comprender la profundidad de la situación. De hecho, se ha reconocido oficialmente que hay una grave falta de información en cuanto a la situación de los niños en detención (Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, 2005, pág. 191; informe conjunto de la Representante Especial del Secretario General sobre violencia contra los niños, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) sobre la prevención y respuesta a la violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil, 2012); y, como se mencionó anteriormente, el número general de referencia (1.000.000) no es exhaustivo o certero. Sobre esta base, Defensa de Niños Internacional (DNI) decidió lanzar una campaña para llamar a los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) a solicitar que el Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU) emprenda la realización de un Estudio global sobre niños privados de la libertad.

Dicho Estudio tendría en cuenta la privación de la libertad en todas sus formas, entre ellas: niños en conflicto con la ley; niños confinados debido a problemas de salud física o mental o consumo de drogas; niños que viven en detención con sus padres; detención migratoria; niños detenidos para su protección; seguridad nacional; etc. Para garantizar que se comprenda cabalmente el concepto de privación de la libertad y, en consecuencia, se utilice como medida de último recurso, también existe la necesidad crítica de aclarar conceptos clave que están relacionados con los derechos del niño y la privación de la libertad (como “medida de último recurso”, “el período más corto que proceda”, interés superior del niño; acceso a la justicia; prisión preventiva; justicia restaurativa; sistemas de justicia formales e informales; medidas alternativas; medidas de protección; edad de imputabilidad penal; rehabilitación y reintegración; detención administrativa; entre otras).

En marzo de 2013, después de varias reuniones con el Comité de la CDN, numerosas organizaciones no gubernamentales, académicos y otras entidades de la ONU, se lanzó oficialmente la campaña –que había suscitado fuerte apoyo y entusiasmo– en la oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. En junio de 2013, se realizó una consulta con expertos también en Ginebra para debatir sobre el Estudio, la estrategia para que sea formalmente solicitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la potencial metodología a seguir durante la realización del Estudio. Participaron muchos expertos que proporcionaron sus opiniones acerca del camino a seguir. Luego se efectuó una misión a Nueva York para ejercer presión sobre los representantes de los estados en la AGNU en ocasión de la redacción de la resolución de la AGNU sobre los derechos del niño, con la expectativa de solicitar formalmente la realización del Estudio. El ímpetu continúa creciendo y esperamos que el Estudio llegue a ponerse en marcha. Hasta ahora, más de cincuenta organizaciones de la sociedad civil han firmado en apoyo del llamado a la realización de dicho Estudio, y el Comité de la CDN ha recomendado que la AGNU solicite la realización de este estudio del tema en profundidad. Los estados también apoyan esta iniciativa.

Emprender un estudio de tal calibre, que analizaría en forma exhaustiva y científica el estado de situación de los niños detenidos en todo el mundo y detallaría las buenas prácticas que valdría la pena seguir, requerirá tiempo, una coordinación cercana con los estados y demás actores y, por supuesto, recursos financieros y humanos. El objetivo es que el Estudio no sea un fin en sí mismo, sino más bien un punto de partida para lograr avances en este tema estancado e incluso regresivo, involucrando a todos los actores y poniéndolo en la agenda

política y social de todos los países, con la esperanza de ver una mejora en la situación general. El Estudio permitirá a los gobiernos efectivizar y mejorar sus políticas y prácticas nacionales, favoreciendo a su vez el interés superior del niño y de la sociedad en general. Para más información, visite el sitio web oficial: <http://www.childrendeprivedofliberty.info/>

**Anna D. Tomasi**, Responsable de Incidencia del Secretariado Internacional de DNI en Ginebra

### Fuentes

Principios básicos de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, Principio 5, 1990

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 1989

UNICEF, Progreso para la infancia, Un balance sobre la protección de la niñez, número 8, 2009

UNICEF Toolkit on Diversion and Alternatives to Detention, Compilation of evidence in relation to recidivism, 2009

Estudio del Secretario General de Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, 2005

Representante Especial del Secretario General sobre violencia contra los niños, Prevención y respuesta a la violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil, 2012

Representante Especial del Secretario General sobre violencia contra los niños, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), Prevención y respuesta a la violencia contra los niños en el sistema de justicia juvenil, 2012

### Un paso en la dirección correcta para promover los derechos de los niños privados de libertad en todo el mundo

El 18 de diciembre 2014, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó oficialmente la realización del Estudio Global sobre las Niñas y Niños privados de libertad. En su resolución sobre los derechos del niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas invita de manera explícita a encargar "un estudio mundial a fondo sobre los niños privados de libertad". Esta solicitud es la prueba del éxito de la campaña para promover la realización de este estudio y marca el inicio de su implementación.

Defensa de Niñas y Niños Internacional (DNI) se enorgullece de anunciar el éxito de su campaña para promover la realización de un Estudio Global sobre las Niñas y Niños privados de libertad, la cual fue lanzada oficialmente en marzo de este año con el apoyo de más de 60 organizaciones no gubernamentales (ONG), Estados y organismos y expertos de las Naciones Unidas. La idea inicial de esta campaña surgió de la constatación clara de que la privación de libertad es dañina y costosa, y sin embargo persiste una aguda falta de información sobre la situación de los niños detenidos en todo el mundo.



Leer el comunicado de prensa completo en

[EN](#) | [FR](#) | [ES](#) | [AR](#)

## Informe del Decimosexto Congreso de la Asociación Polaca de Magistrados de la Juventud y la Familia

Dra Magdalena Arczewska



Nota sobre el comentario número cinco.

El profesor Wierciński explica como regula la legislación los contactos con el niño y como funciona esto en la práctica.

El XVI Congreso de la Asociación Polaca de Magistrados de la Juventud y la Familia se realizó en septiembre de 2014 en Zakopane, Polonia, y se focalizó en “La postura y las tareas de los tribunales de familia frente a los cambios legislativos”. La Profesora Małgorzata Gersdorf, primera Presidenta de la Corte Suprema, honró el evento con su presencia. Además, el Congreso contó con la participación de los representantes del Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia, la Asociación Fonds Veillard-Cybulski, el Comité de Derecho de Familia que opera en la Oficina del Ombudsman de los Niños y el Plenipotenciario del Ministro de Justicia a cargo de los Derechos Constitucionales de la Familia. Como todos los años, también asistieron al Congreso los representantes de los servicios sociales responsables de la organización del sistema de asistencia para niños y familias e investigadores especializados en las áreas antes mencionadas. Más de 200 jueces de la juventud y la familia de Polonia y los participantes invitados tuvieron la oportunidad de escuchar interesantes ponencias, discusiones organizadas a partir de mesas de debate y también intercambios de ideas en encuentros informales.

En su discurso de apertura, la Profesora Małgorzata Gersdorf, primera Presidenta de la Corte Suprema, enfatizó el importante rol de los jueces de la juventud y la familia en la promoción de los jóvenes de Polonia y su participación en el proceso de adecuación de las relaciones familiares.

También mencionó los fenómenos negativos que afectan a los jueces, incluida la necesidad de una remuneración decente y la imagen negativa del sistema de justicia en los medios. El juez Waldemar Żurek, Secretario de Prensa del Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia, también subrayó la necesidad de mejorar la comunicación entre el poder judicial y los medios de comunicación así como la imagen de los jueces en los medios. Se debe señalar que este tema ya había sido planteado en las resoluciones de los Congresos anteriores.

Debido a los temas interesantes y actuales que se trataron, hubo mucho interés en las ponencias de este año. El Dr. Michał Wojewoda de la Universidad de Łódź habló sobre la determinación del contenido de las leyes extranjeras aplicables por parte de un juez nacional. También se refirió a las tareas y responsabilidades específicas del tribunal en los casos que involucran elementos extranjeros con respecto a la elección y la determinación, tanto de los contenidos de la legislación extranjera aplicable para decidir el caso como de los principios de la legislación aplicable definidos como normas de confianza. El Dr. Wojewoda preparó un análisis profundo de las fuentes de derecho internacional privado. Señaló que la cantidad de casos transfronterizos está creciendo en forma ininterrumpida, también en lo que concierne a las relaciones familiares, y subrayó que el elemento extranjero típico es la ciudadanía extranjera de una de las partes del proceso.

En una ponencia titulada “Contactos con el niño: ley vs. Práctica”, el Profesor Jacek Wierciński de la Universidad de Varsovia presentó los veredictos de la Corte Suprema sobre los contactos personales con los niños que explican cómo se llevan adelante los procesos en relación con la legislación aplicable. Otra ponencia popular en la agenda fue la presentación del Doctor Łukasz Kwadrans de la Universidad de Silesia, que se focalizó en los problemas que enfrentan los oficiales de probation para ejecutar las decisiones de los tribunales. Una parte significativa del Congreso se dedicó a las modificaciones de la Ley de Procesos de Delincuencia Juvenil, que fueron analizadas en detalle por un experto eminente en la materia, el Profesor Henryk Haak de la Universidad de Szczecin.

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

Los participantes del Congreso también pudieron escuchar una ponencia ofrecida por el juez de la Corte Suprema Jarosław Matras sobre aspectos relacionados con los procesos disciplinarios para los jueces, basados en la jurisdicción de la Corte Suprema. Habló de las disposiciones sobre inmunidad judicial y procesos de inmunidad, incluidas las relativas a la solicitud de permisos para demandar a un juez ante el tribunal penal y para arrestar a un juez. Los jueces también participaron en el taller sobre cómo abordar situaciones difíciles en la sala de audiencias ofrecido por Anna Kurzępa, periodista de la televisión polaca. Se focalizó en el alivio del estrés y en superar el miedo a hablar en público y habló de cómo actuar ante una crisis. Subrayó que tener una actitud amable hacia los deponentes, cuidar el tono y la forma de hablar, y asegurarse de que estén bien informados, puede ser la clave para la comprensión mutua, un aspecto extremadamente importante en la profesión del juez.

Para concluir, se debe agregar que se anunciaron los resultados del segundo concurso para jueces de la juventud y la familia titulado “Los desafíos, dilemas y deleites profesionales de los jueces de familia” y se entregaron los premios a los ganadores. El presidente del Jurado del concurso, Profesor Henryk Haak, y el Consejo de la Asociación alentaron a todos los jueces a participar en la siguiente edición de la competencia.

**[Dra Magdalena Arczewska\\*](#)**

**Rúbrica del Tesorera**

**Anne-Catherine Hatt**

**Recordatorio sobre las suscripciones**

A principios de 2015 mande emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 30; Euros 35; CHF 50) y a las asociaciones nacionales. Me complace decir que muchos de ustedes ya han abonado su cuota, pero todavía hay varias impagas.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para recordarles las posibles formas de pago:

1. pueden ir a la página de internet [AIMJF](http://AIMJF) hacer click 'membership' y 'subscribe' y pagar usando PayPal. Este proceso consta de dos partes y es la forma más simple y económica de pagar; se aceptan todas las monedas. PayPal hace la conversión a GBP;

2. a través del sistema bancario. Estoy a su disposición para mandar detalles de cualquiera de las cuentas, la que mantenemos en GBP (£) y la

de CHF (Francos suizos). Mi dirección de correo electrónico es [treasurer@aimjf.org](mailto:treasurer@aimjf.org)

3. o cheque pagaderos a "International Association of Youth and Family Judges and Magistrates".

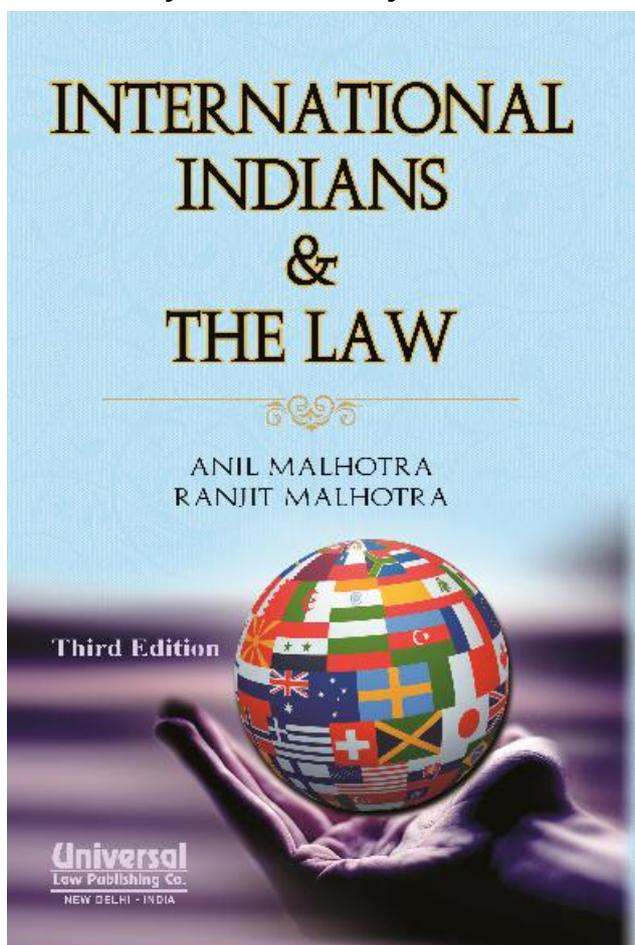
Si necesitan asistencia, no duden en enviarme un correo electrónico.

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.

**Anne-Catherine Hatt**

**Un libre de by Anil and Ranjit Malhotra\***



ISBN 978-93-5035-511-4

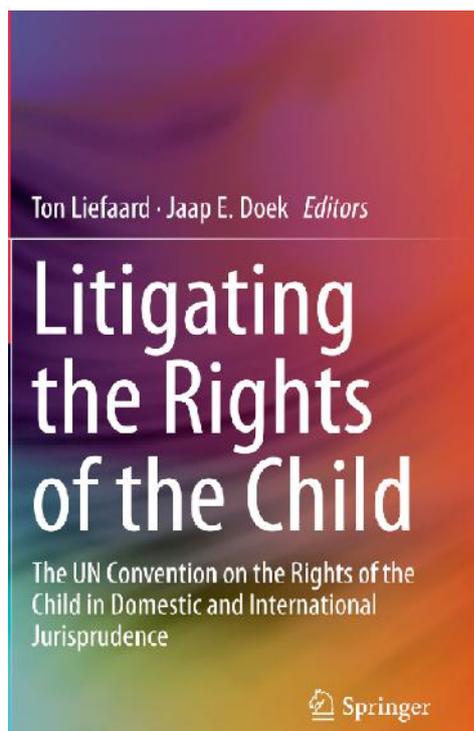
**Los indios migrantes y el derecho**

Se estima que existen 22 millones de indios no residentes (NRI, por sus siglas en inglés) que mantienen vínculos con India viviendo en 200 países. Este libro, que contiene 35 artículos y 14 estudios detallados sobre el derecho privado internacional, ofrece respuestas amplias a los problemas humanos de la diáspora como matrimonio y divorcio, secuestro de niños, herencia, subrogación, derechos de los niños, inmigración, nacionalidad y otras cuestiones.

Con numerosas referencias a jurisprudencia, puede resultar de gran ayuda a cónyuges agraviados, litigantes extranjeros, profesionales del exterior o a cualquier persona que desee conocer más sobre su situación.

*‘Este libro contiene un profundo, actualizado y amplio análisis de la legislación india, especialmente en lo que respecta a los NRI. Extendiéndose más allá de las cuestiones de matrimonio y divorcio, cubre temas tales como adopción, subrogación, justicia juvenil (que pronto pasará a denominarse justicia de los niños de acuerdo con el Proyecto de ley de 2014 sobre Justicia Juvenil (Cuidado y Protección), compensación de las víctimas, e incluso tráfico de personas y emigración. Contiene una excelente reseña de la interacción entre la jurisprudencia y las reformas legislativas. Presenta una reseña de avances legales recientes y un análisis detallado de casos. Por esta razón el libro resultará de gran interés para una gran cantidad de abogados, académicos y activistas por los derechos humanos’.* Profesora Julia Sloth-Nielsen

**Un libre editado por Ton Liefwaard\* and Jaap Doek**

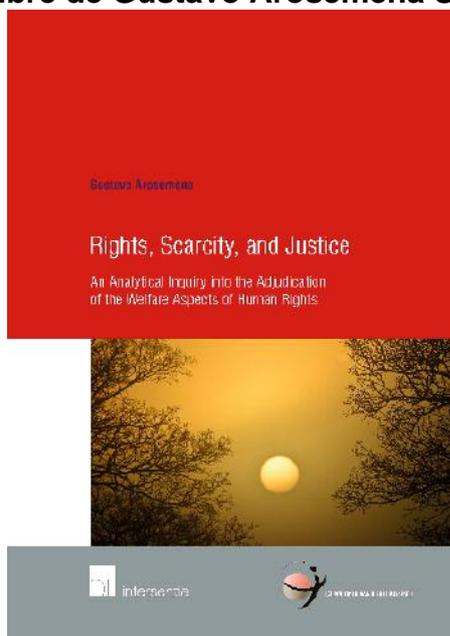


Este libro analiza el impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de la ONU sobre la jurisprudencia a nivel nacional e internacional desde su adopción en 1989. Ofrece conocimientos actualizados sobre las funciones, los desafíos y las limitaciones con las que se encuentra la aplicación de la CDN en litigios judiciales relativos a los derechos del niño a nivel nacional, regional e internacional. *Litigating the Rights of the Child* (*Litigios relativos a los Derechos del Niño*) brinda una perspectiva profunda sobre el rol de la CDN en la jurisprudencia nacional en diez países de diferentes partes del mundo, en países regidos por el derecho civil, por el *common law* y por los sistemas legales Islámicos. Además, brinda un análisis de la jurisprudencia de tribunales regionales, en Europa y las Américas, y de los organismos de tratados de derechos humanos, incluyendo el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité Africano de Expertos en materia Derechos y Bienestar del Niño. Este libro presenta una perspectiva comparativa y global sobre el uso de la CDN en litigios e identifica las tendencias emergentes. Representa una fuente importante de referencias e inspiración para académicos, estudiantes, profesionales del derecho, incluyendo a jueces y abogados, y organizaciones (inter)nacionales que trabajan en el campo de los derechos del niño.

**Categoría del contenido** » Investigación

ISBN 978-94-017-9444-2

**Un libre de Gustavo Arosemena Solorzano** *School of Human Rights Research*, vol. 65



derechos civiles y políticos. Otros piensan que los derechos económicos, sociales y culturales tienen facetas estructurales que hacen preferible no protegerlos judicialmente.

Este libro intenta avanzar en este debate. El libro comienza reconociendo que si bien no hay un abismo entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, existen sin embargo diferencias importantes entre las obligaciones a las que estos derechos dan lugar. En particular, las obligaciones dirigidas a satisfacer necesidades básicas altamente costosas tienden a generar dilemas. Bajo los derechos humanos todos tenemos derecho a la provisión de ciertos bienes y servicios en tiempos de necesidad, pero en contextos de escasez no existen suficientes recursos para satisfacer las necesidades de todos. ¿Bajo qué regla o principio podrían los jueces intervenir en estos casos? ¿Cuál es la mejor solución para estos problemas de distribución? ¿Cómo podría un juez intervenir en estos casos manteniendo su compromiso con los derechos de todos?

El libro estudia las posibilidades de intervención judicial en temas de derechos en contextos de escasez. Primero, identifica los problemas reales que estas formas de intervención judicial implican. Luego, presenta tres estrategias que facilitan la intervención judicial en estos casos: razonabilidad, priorización y diálogo democrático deliberativo. La estrategia de razonabilidad está basada en la práctica de « *reasonableness review* » de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Priorización y diálogo democrático deliberativo, en cambio, constituyen alternativas novedosas, que han sido inspiradas por experiencias constitucionales de otros países. Finalmente el libro hace un análisis de los méritos y deméritos de las estrategias estudiadas usando un esquema de análisis cualitativo comparado.

Oct. 2014 | ISBN 978-1-78068-275-4

[www.intersentia.co](http://www.intersentia.co)

**Rights, Scarcity and Justice**

¿Pueden los derechos humanos realmente protegernos de la necesidad? En casos de falta de atención médica o de vivienda, ¿se puede acudir a un juez y pedir que se provean estos bienes y servicios? Estas cuestiones han sido siempre polémicas para académicos, políticos y jueces que operan en el campo de los derechos humanos. Unos consideran que no hay una verdadera diferencia entre los derechos económicos, sociales y culturales y los

**Espacio des contactos****Avril Calder**

Recibimos muchos correos interesantes con enlaces a sitios web que pueden resultar de interés de nuestros lectores, por eso los incluimos en Chronicle. Les ruego me envíen cualquier otro enlace que consideren relevante para publicar en las próximas ediciones. **Ed.**

AIMJF	Sitio web	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
Los Derechos del Niño Conectar (Child Rights Connect)	Una red mundial de los derechos del niño que conecta la vida cotidiana de los niños ante las Naciones Unidas. Hasta la fecha las noticias sobre OP3 CRC Levanta la voz por sus derechos de OP3 CRC Folleto aceptan niños <a href="http://www.national-coalition.de/pdf/1_09_2013/OP3_CRC_Child_friendly_leaflet_EN.pdf">http://www.national-coalition.de/pdf/1_09_2013/OP3_CRC_Child_friendly_leaflet_EN.pdf</a>	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
CRIN	Comité de los Derechos del Niño Los métodos de trabajo para la participación de los niños en el proceso de presentación de informes del Comité de los Derechos del Niño. Éxito Campaña documento de Word: CRC_C_66_2_7576_E.doc at <a href="http://tbinternet.ohchr.org">http://tbinternet.ohchr.org</a>	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
La Red de Información sobre los Derechos del Niño	Sitio web E mail Guía sobre el tercer Protocolo facultativo de la CDN Para más información: Consulte el juego de herramientas del PF de la CDN para un mecanismo de denuncias en: <a href="#">t</a> (próximamente también disponible en árabe, francés, ruso y español).	<a href="mailto:info@crin.org">info@crin.org</a> <a href="#">Hagla clic aquí</a>
Defensa de Niñas y Niños Internacional	Sitio web Estudio Global sobre Niños y Adolescentes Privados de Libertad-leer el comunicado de prensa completo en <a href="#">EN</a>   <a href="#">FR</a>   <a href="#">ES</a>   <a href="#">AR</a>	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
IDE Instituto Internacional de los Derechos del Niño	Sitio web Contacto Conferencia de noviembre: 18, 19 y 20 de 2015 Temas: Evolución de la condición del niño: en la ley, la protección, la salud la educación, la familia, las migraciones, el deporte y el juego	<a href="#">Hagla clic aquí</a> <a href="#">Hagla clic aquí</a>
IJJO Observatorio Internacional de Justicia Juvenil	Sitio web Boletín informativo	<a href="#">Hagla clic aquí</a> <a href="#">Hagla clic aquí</a>
IPJJ Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil	Sitio web Boletín informativo  El Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil está integrado por 13 organismos de las Naciones Unidas que participan activamente en la justicia juvenil. Interinstitucional sobre Justicia Juvenil, suscríbese en ►	<a href="#">Hagla clic aquí</a> <a href="#">Hagla clic aquí</a>
OHCHR Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos	Sitio web	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
PRI Penal Reform International	Reforma Penal Internacional (RPI) es una organización internacional no gubernamental dedicada a la reforma de la justicia penal en todo el mundo. RPI cuenta con programas regionales en el Oriente Medio y África del Norte, Europa Central y del Este, Asia Central y el Cáucaso Meridional. Si desea recibir el boletín mensual de Reforma Penal Internacional, suscríbese en ►	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
	Sitio web	<a href="#">Hagla clic aquí</a>
	Email:	<a href="#">Hagla clic aquí</a>

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

Ratify OP3 CRC TdH Fondation Terre des Hommes UNICEF Washington College of Law,- Academy on Human Rights and Humanitarian Law	Campaña por la ratificación del OP3 Sitio web  Sitio web La situación de los derechos humanos de las niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe. Entre aquí: <a href="http://kausajusta.blogspot.com/2014/10/american-university-la-situacion-de-los.html">http://kausajusta.blogspot.com/2014/10/american-university-la-situacion-de-los.html</a> Source American University: <a href="http://www.wcl.american.edu/">http://www.wcl.american.edu/</a>	<a href="#">Hagla clic aquí</a> <a href="#">Hagla clic aquí</a>  <a href="#">Hagla clic aquí</a>
---	---	---

### 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 disseminación de la información recibida del mundo entero.

Con el apoyo de todos los miembros de la Asociación, se está creando una red de contribuciones del mundo entero que nos provee con artículos de manera regular. Los miembros toman conocimiento de investigaciones llevadas a cabo respecto a la protección de la infantil y la juventud o de la justicia juvenil. Otros pueden estar involucrados en la preparación de nueva legislación mientras que otros tienen contactos con colegas de las Universidades que son deseosas de contribuir con artículos.

Para los próximos números de la revista se ha congregado un número interesante de artículos, los que no son publicados en orden cronológico o por orden de recepción, sino

que se otorgan prioridades a aquellos que surgen de las conferencias o seminarios de la AIMJF. Se hacen esfuerzos para presentar artículos que otorguen una mirada a cómo son los sistemas en los distintos países, respecto a la protección. Infantil y a la justicia juvenil; algunos números de Crónica focalizan en temas particulares por lo que los

artículos giran en torno a ellos; finalmente, los artículos que son más largos que el largo recomendado y/o requieran un intenso trabajo editorial pueden ser dejados en espera hasta que se le encuentre un lugar adecuado.

Las contribuciones de todos los lectores son bienvenidas. Los artículos para publicación deben ser enviados en inglés, francés o español. La traducción a todos los tres idiomas es cargo del Comité Editorial, por lo que ayuda enormemente el poder recibir los artículos con traducción a dichas lenguas.

Los artículos, preferentemente, deberán ser de 1500-2000 palabras de largo. “Temas de interés”, incluyendo nuevas temas, podrán llegar hasta 500 palabras de largo. Los comentarios sobre los artículos ya publicados son bienvenidos. Los artículos y comentarios pueden ser enviados directamente al Jefe de Redacción. Sin embargo, de no ser conveniente, los artículos también pueden ser enviados a cualquier que se indican en la página siguiente.

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

**Avril Calder, Jefe de Redacción,**  
e-mail [chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org)

De ser posible se apreciará recibir los artículos en los tres idiomas oficiales, dirigidos a los correos electrónicos de cualquiera de los miembros del panel redactor. Nombres y direcciones de correo:

#### Editorial Board

Jueza Patricia Klentak  
Jueza Viviane Primeau  
Dra Magdalena Arczewska  
Prof. Jean Trépanier  
Dra Gabriela Ureta

[infanciayjuventud@yahoo.com.ar](mailto:infanciayjuventud@yahoo.com.ar)  
[vicesearygeneral@aimjf.org](mailto:vicesearygeneral@aimjf.org)  
[magdalena.arczewska@uw.edu.pl](mailto:magdalena.arczewska@uw.edu.pl)  
[jean.trepanier.2@umontreal.ce](mailto:jean.trepanier.2@umontreal.ce)  
[gureta@vtr.net](mailto:gureta@vtr.net)

## Asamblea General 17 de octubre 2014, Bruxelles, Bélgica



Joseph Moyersoen y Avril Calder



Gabriela Ureta, Pierre Rans Dorota Hildebrund, Françoise Mainil, Hervé Hamon, Daniel Pical y Viviane Primeau



Avril Calder y Marta Pascual



Patricia Klentak Roman Guillonet Olivier Boillat



Asamblea General



Asamblea General

### Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2014-2018

Presidenta	Avril Calder, JP	Inglaterra	<a href="mailto:president@aimjf.org">president@aimjf.org</a>
Vice Presidenta	Jueza Marta Pascual	Argentina	<a href="mailto:vicepresident@aimjf.org">vicepresident@aimjf.org</a>
Secretaria General	Andréa Santos Souza, D.A.	Brasil	<a href="mailto:secretarygeneral@aimjf.org">secretarygeneral@aimjf.org</a>
Vice Secretaria General	Jueza Viviane Primeau	Canadá	<a href="mailto:vicesecretarygeneral@aimjf.org">vicesecretarygeneral@aimjf.org</a>
Tesorera	Jueza Anne-Catherine Hatt	Suiza	<a href="mailto:treasurer@aimjf.org">treasurer@aimjf.org</a>

### **Consejo—2014-2018**

<b>Presidenta</b> Avril Calder (Inglaterra)	Marie Pratte (Canadá)
<b>Vice-presidente</b> —Marta Pascual (Argentina)	Gabriela Ureta (Chile)
<b>Secretaria General</b> —Andrea S. Souza (Brasil)	Hervé Hamon (Francia)
<b>Vice Sec Gen</b> —Viviane Primeau (Canadá)	Theresia Höynck (Alemania)
<b>Tesorera</b> —Anne-Catherine Hatt (Suiza)	Laura Laera (Italia)
Patricia Klentak (Argentina)	Aleksandra Deanoska (Macedonia)
Imman Ali (Bangladesh)	Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Países Bajos)
Godfrey Allen (Inglaterra)	Andrew Becroft (Nueva Zelanda)
Eduard Rezende Melo (Brasil)	Carina du Toit (Sudáfrica)
Françoise Mainil (Bélgica)	David Stucki (USA)

El último presidente inmediato, Hon. Juez Joseph Moyersoén, es un miembro ex-officio del consejo y actúa en unacapacidad consultiva sin derechos a voto.

## Obituario

**Paolo Vercellone, Italy, 1927-2014**



Paolo y Emma su esposa

Este homenaje a Paolo apareció por primera vez en la Crónica de para marcar su 80 cumpleaños.

**President IAYFJM/AIMJF 1990-1994**



IAYFJM/AIMJF Congreso 1990

Estimado Paolo,

Le escribo este mensaje en inglés desde muy lejos (de no ser por esto me hubiera gustado mucho participar de esta gran celebración), desde Sierra Leona, donde los teclados ingleses no tienen acentos, los que permitirían que se comprenda correctamente cualquier mensaje en francés.

Es un gran honor y un enorme placer felicitarlo en nombre de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia y en el mío propio, en primer lugar por su 80 aniversario, un número por cierto muy redondo, y en segundo lugar por la presentación de su último libro. ¡Qué forma tan interesante de celebrar un cumpleaños!

Quizás debería decir que no es sorprendente en absoluto celebrar la terminación de un libro sobre cuestiones que atañen a los niños tomando en cuenta su dedicación de toda la vida a la justicia juvenil y a la protección de los menores.

Quizás también sea una buena oportunidad para agradecerle por su membresía a nuestra asociación, de la que usted fue presidente (durante el período 1990-1994). Combinar una fiesta de cumpleaños con la presentación de un instrumento diseñado para difundir información sobre asistencia legal a los niños en todo el mundo, ayudar a mejorarla y asegurar el desarrollo en la dirección correcta. ¿No es una maravillosa forma de mostrar un interés permanente y el compromiso con nuestro objetivo común de hacer exactamente eso?

Querido Paolo, permítame recordarle cómo lo conocí a modo de tributo personal y de reconocimiento por todo lo que usted ha hecho por la AIMJF.

Llegué a nuestro congreso internacional cuatrienal en Bremen, bastante cansada y no verdaderamente dispuesta a asumir de inmediato la responsabilidad de asistir a nuestro Presidente Honorario Horst Schueler-Springorum en la revisión de algunos textos para la sesión de la mañana siguiente.

Traté de encontrar alguna excusa para desaparecer y poder dormir. En ese mismo momento usted ingresó a la sala, un poco tembloroso y con la cabeza cubierta con un gran vendaje. Acababa de salir del hospital donde había recibido tratamiento por un accidente de tráfico si recuerdo correctamente. Usted parecía un poco asustado y muy agotado y todos los presentes le dijeron de inmediato que se retire para descansar. Hasta el día de hoy recuerdo su respuesta: Usted dijo: "de ninguna manera, tenemos que concluir el texto del trabajo. Es muy importante."

Esa respuesta me hizo entender realmente lo que significa la dedicación, por lo que le quedo muy agradecida. Trataré de hacer lo mejor posible desde mi actual cargo de presidente de la asociación para llevar a cabo mi tarea con el mismo grado de responsabilidad que usted me enseñó.

Estimado Paolo, le ruego que acepte mis mejores deseos en nombre de la Asociación y en el mío propio, por muchos otros prósperos años y otros libros por venir.

Espero que nos permita que presentemos el libro en nuestra publicación Crónica para que todos nuestros miembros tengan la oportunidad de saber de qué se trata y puedan usarlo. Feliz cumpleaños y le deseamos mucho éxito con su libro. [Renate](#)

[Justicia Renate Winter](#), Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Especial de Sierra Leona Apelaciones, Presidente de la Asociación Internacional de la Juventud y los Jueces de Familia y Magistrados, 2006-2010 y actualmente un Comité de la ONU miembros sobre la Convención sobre los Derechos del Niño.