



CHRONICLE CHRONIQUE CRÓNICA

Contenido		Página
AIMJF XIX Congreso Mundial 28-30 de mayo de 2018		UNESCO París 5
3º Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN)	Child Rights Connect	6
Elaboración de sentencias relativas a los derechos del niño: cinco factores que los jueces deberían contemplar	Profesores Helen Stafford y Kathryn Hollingsworth	13
Superposición entre los tribunales de la juventud y la familia		
Niños en los sistemas de Juzgados Juveniles y Familiares una visión desde Nueva Zelanda	District Judge Tony Fitzgerald*	20
La perspectiva de un trabajador social de los servicios de protección infantil Londres	Owen Lawton	26
Niños y experiencias judiciales múltiples Sudáfrica	Joan van Niekerk	
Tribunales Juveniles		
Asistencia legal para jóvenes sospechosos, Una perspectiva europea	Dra Dorris de Vocht	30
Centenario de la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y tutores ad litem	Achim Wallner*	35
Directiva de la UE sobre garantías procesales para los niños sospechosos o acusados en procesos penales	Dr Michael Sommerfeld*	40
Extremismo de derecha y extremismo islamista en la adolescencia:	Michaela Glaser	41
Justicia Juvenil en Australia: identificar los problemas para resolverlos	James McDougall	52
Para la abolición de la pena de muerte y cadena perpetua para niños (menores de dieciocho años)	Bernard Boeton*	58
Reforma de la Justicia Juvenil Italiana	Juez Joseph Moyersoan*	59
Tribunal de Familia		
Perspectivas judiciales sobre la toma de decisiones centrada en los niños en Inglaterra y Gales	David Lane	60
Cuidados de acogida en Malta	Pauline Miceli	65
Protección de los niños y protección de las mujeres embarazadas el doble impertivo del parto secreto en Francia	Flora Bolter Jueza Elsa Keravela Milan Momica Prof.Dr Gilles Séraphin	69

[Continua en la siguiente pagina](#)

Formación

Formación de juristas: el Programa HELP del Consejo de Europa	Eva Pastrana	77
La Fundación Court Watch Polonia	Bartosz Pilitowski Stanislaw Burdziej Martyna Hoffman	80

Nueva publicación

Reseña bibliográfica	Justice Clarence Nelson*	81
Derecho comparado y sitio web de AIMJF	Andrea Conti*	83
Rubrica del Tesorera, Espacio des contactos, Consejo Ejecutivo 2014- 2018, Reunión del Consejo y sección europea, Crónica	Anne-Catherine Hatt* Andrea Conti*	85-89
Universidad de Leiden Master en Derecho		90

Editorial

Avril Calder*

Derechos del niño

En un número anterior de la Crónica, compartimos una serie de artículos sobre el Protocolo Facultativo de la CDN de la ONU, y me complace brindarles a los miembros información actualizada sobre el tema con un artículo de **Child Rights Connect**, organización de la cual somos miembros fundadores. Verán el progreso realizado en su suscripción y ratificación y la forma en que las instituciones nacionales de derechos humanos están dándole mayor visibilidad al PF3 en países como Alemania y Malauí.

Recordarán que el número de enero de 2017 incluía un artículo sobre un libro escrito por los **profesores Stalford y Hollingsworth** acerca del abordaje de las sentencias judiciales desde una perspectiva de los derechos del niño. En este número, los profesores se explayan sobre el contenido del libro, que demuestra que aunque algunas sentencias habrían sido diferentes, las que aplicaron un abordaje basado en los derechos del niño fueron iguales a las de los colaboradores que participaron en el libro.

Superposición entre los tribunales de menores y familia

Desde hace mucho tiempo estoy interesada en los niños que comparecen simultáneamente ante tribunales de menores y tribunales de familia, en algunos casos, sin que se comparta esa información entre las dos jurisdicciones. Este número incluye tres artículos que examinan esta superposición desde el punto de vista de un juez, un trabajador social y un ex trabajador social clínico que participó recientemente en el tratamiento de leyes aprobadas en Sudáfrica sobre protección de menores. Se trata del **juez Tony Fitzgerald** de Nueva Zelanda, **Owen Lawton** de Londres y **Joan Niekerk** de Sudáfrica. Sus perspectivas son complementarias y esclarecedoras, y muestran lo que se puede

hacer para evitar que el niño quede perdido entre los dos sistemasq

Tribunal de menores

La **Dra. Dorris de Vocht**, profesora adjunta de derecho en Maastricht University, describe cómo, en la Unión Europea (UE), se necesitaba saber más sobre el nivel de protección ofrecido a los jóvenes en contacto con el sistema de justicia, y habla sobre los resultados de la investigación que realizó con algunos colegas sobre el tema.

Este tema de la representación legal también fue abordado en una charla sobre la Directiva de la UE sobre niños sospechosos o acusados en procesos penales ofrecida por el **Dr. Michael Sommerfeld*** en la conferencia del aniversario número 100 de la Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe e. V. (DVJJ), que se celebró en Berlín el otoño pasado. La Directiva de la UE representa un gran avance para los niños y para la protección de sus derechos. **Achim Wallner***, miembro del Comité Ejecutivo de la DVJJ, ha aportado amablemente un pequeño resumen de la conferencia del centenario de la DVJJ, a la cual tuve el placer de asistir en representación de nuestra Asociación. Achim señala que en la conferencia se hizo énfasis sobre el hecho de que los jóvenes siempre deben ser tratados por expertos.

James McDougall, quien escribe sobre temas como la sobrerrepresentación de niños aborígenes en los centros de detención, las normas deficientes y la falta de respeto hacia los derechos del niño durante la detención en algunos territorios de Australia, describe características muy bien conocidas en muchos sistemas judiciales del mundo.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Después de un Informe de la Comisión Real sobre el Territorio del Norte publicado en noviembre de 2017 y el llamamiento de una Coalición de varias ONG al estado para que implemente un Plan de Acción Nacional para la Justicia Juvenil, se espera que el gobierno australiano aborde los desafíos sobre supervisión eficaz y cumplimiento de normas en los centros de detención de todo el país.

El presidente inmediatamente anterior de la AIMJF, **Joseph Moyersoen**, relata brevemente el reciente desafío que enfrentó la especialización de los tribunales de menores en Italia, que después de mucha presión, continuarán existiendo.

Vivere es una organización sin fines de lucro que está realizando una campaña contra la pena de muerte para menores de 18 años y mayores de 18 años que cometieron el delito en cuestión cuando eran menores de 18 años. **Bernard Boëton**, miembro fundador, resume la situación en todo el mundo en forma cautivante.

Tribunal de familia

Sobre la base de su propia experiencia y su investigación con entrevistas a 30 jueces de Inglaterra y Gales, el trabajador social **David Lane** aboga fuertemente por colocar la experiencia del niño en el centro de la toma de decisiones al emitir sentencias sobre órdenes de guarda y adopción en los tribunales de familia, señalando que este abordaje se ha convertido en parte integral del respeto hacia los derechos del niño.

Pauline Miceli, Comisionado para la Infancia en Malta, se hace eco de los principios expuestos por David, y explica, con plena referencia a los artículos de la CNUDN, el rol que le asigna la ley a su oficina para promover el desarrollo de cuidados alternativos para los niños que los necesitan, y subrayando que los recursos financieros y humanos son esenciales para permitir la planificación de permanencia.

En Francia, el *parto secreto*, que permite que las mujeres den a luz y dejen al niño en manos del estado sin proporcionar sus datos, es un tema muy complejo si se lo analiza tanto desde la perspectiva de los derechos de las mujeres como desde la perspectiva de los derechos del niño, que se ha tornado más significativa desde el reconocimiento de los niños como titulares de derechos.

Cuatro expertos, **Flora Bolter**, politóloga, la **jueza Elsa Keravel** y **Milan Momić**, demógrafo, del observatorio francés de protección de los niños (ONPE), junto con el **profesor Gilles Séraphin**, ex director del ONPE, ofrecen un excelente artículo que cubre cuatro siglos de la práctica de parto secreto, desde 1638 hasta el presente, con preparaciones para una nueva reforma, estadísticas reveladoras y casos ejemplares recientes.

Educación en materia de Derechos Humanos para los profesionales del Derecho (**Human Rights Education for Legal Professionals**, HELP por sus siglas en inglés) es un programa de capacitación altamente efectivo del Consejo de Europa. **Eva Pastrana**, Directora de la Unidad de HELP dentro del Directorio General de Derechos Humanos y Estado de Derecho, nos proporciona un fascinante relato del rango de cursos diseñados y ofrecidos por la Unidad en 47 países y más allá.

La calidad de servicio en los tribunales es uno de los preceptos de Courts Watch, Polonia. Los fundadores, **Bartosz Pilitowski** y **Stanislaw Burdziej**, junto con **Martyna Hoffman**, describen el trabajo de la Fundación, que convoca y capacita a los miembros del público para observar y elaborar informes sobre aspectos de los sistemas judiciales. Es un abordaje innovador, bienvenido por los jueces polacos con quienes pude hablar recientemente en su conferencia anual.

El **juez Clarence Nelson*** de Samoa, Vicepresidente del Comité de la CDN, en su breve reseña del libro *Introduction to South Pacific Law, 4th edition (2017)+* (Introducción al derecho del Pacífico Sur, 4ta edición), nos habla sobre la legislación y su evolución en los pequeños estados isleños del Pacífico Sur, donde hay una infinidad de tribunales.

Quiero agradecerles encarecidamente a Radhi Shah y Andrea Conti. Sin su ayuda, en estos momentos de atareada preparación del Congreso Mundial, este número estaría probablemente inconcluso.

Les envío mis mejores deseos para 2018, y espero encontrarme con la mayor cantidad de miembros posible en nuestro Congreso Mundial XIX en la sede de UNESCO en París, del 28 al 30 mayo.

Avril Calder*

chronicle@aimjf.org

Skype account: [aimjf.chronicle](#)

Ex presidenta de AIMJF honrada por su país



Es un gran placer traerles la noticia de que la Jueza **Renate Winter** *, nuestra presidenta 2006-2010, ha sido galardonada con el honor austriaco:

Das Grosse Goldene Ehrenzeichen für die Verdienste um die Republik Österreich¹,
en reconocimiento de su capacidad como
Presidenta del Tribunal Especial de Sierra Leona

La presentación formal, que se muestra arriba, fue hecha en La Haya, el hogar de la Corte Penal Internacional, por el Embajador de Austria en nombre del Presidente de la República de Austria.

¹ Gran emblema de oro con estrella de mérito



WORLD CONGRESS ON JUSTICE FOR CHILDREN

28-30 MAY 2018

**El fortalecimiento de los sistemas de justicia para los niños
Desafíos, incluyendo la desconexión del extremismo violento**

La inscripción anticipada finaliza el 26 de febrero de 2018 www.j4c2018.org

Programa de esquema

Lunes 28 de mayo de 2018

Desafíos y tendencias en los sistemas de justicia para jóvenes y sus familias: mantenimiento de los derechos de los niños, incluso en casos de extremismo violento.

- Desafíos y tendencias internacionales de Justicia Infantil y Familiar
- Niños y violencia extrema: definiciones, características, camino y enfoque de desarrollo.
- Prevenir la participación en todas las formas de violencia, incluido el comportamiento extremo: el papel de las familias y las comunidades.

Martes 29 de mayo de 2018

Fortalecimiento de los sistemas de justicia juvenil y familiar en todo el mundo: prácticas concretas y prometedoras en materia de protección infantil, prevención del delito juvenil, desviación y programas alternativos a la detención, atención posterior y reintegración.

26 Talleres simultáneos presentarán estrategias o experiencias para fortalecer los sistemas de justicia juvenil y familiar, siempre teniendo en cuenta la participación infantil. Doce temas serán abordados por los oradores desde la perspectiva de la reforma legal, la investigación científica o la práctica validada. Las presentaciones traerán mejores prácticas, metaanálisis e investigaciones de políticas y prácticas basadas en la evidencia

Miércoles 30 de mayo de 2018

Estrategias para mejorar los sistemas de justicia juvenil y familiar: visión general de las prácticas prometedoras

- Adoptar procedimientos apropiados para niños y familias específicos para niños involucrados en violencia extrema.
- Prácticas prometedoras: programas basados en la comunidad y desvinculación, alternativas a los programas de custodia,
- ¡Hazlo cambiar! Estrategias internacionales y campaña para el cambio: pensamientos inspiradores

Más información: **Cédric Foussard** . info@j4c2018.org

Organised by

Judicial Training Institute of Belgium (IGO- IFJ) | Child Rights International Network (CRIN) | Penal Reform International (PRI) | Terre des hommes Foundation (Tdh) | Defence for Children International (DCI) | The International Association of Youth and Family Judges and Magistrates (IAYFJM)

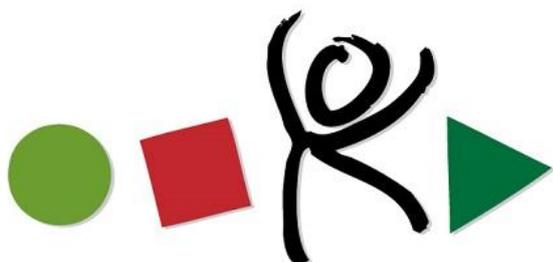


Supported by



3º Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN)

Child Rights Connect



child rights connect

¿Cómo pueden las instituciones nacionales de derechos humanos dar apoyo a los niños, niñas y adolescentes a tener acceso a remedios efectivos? – El PFCI en detalle

PFCI hace referencia al 3º Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN) en un procedimiento de comunicaciones individuales. Entonces, ¿qué es y cómo y por qué es relevante para las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) en el trabajo de los defensores de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), para proteger y promover los derechos de cada niño, niña y adolescente?

¿En qué consiste el 3º Protocolo Facultativo a la CDN (PFCI)?¹

El PFCI fue adoptado en 2012 y entró en vigor en abril de 2014. El PFCI² es un instrumento internacional de derechos humanos y un mecanismo de presentación de denuncias, que los estados pueden ratificar para permitir a los NNA presentar comunicaciones ante el Comité de los Derechos del Niño (CDN) cuando sus derechos hayan sido violados, como se establece en:

- La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN)
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (OPAC+)
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

¹ Encontrará más información accediendo a las publicaciones de Child Rights Connect sobre PFCI [aquí](#).

² La Asamblea General de la ONU (2012). [66/138](#): Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones [visitada 16.6.17].

utilización de niños en la pornografía (ROVN+).³

El PFCI ofrece dos nuevas maneras para que los NNA puedan impugnar las violaciones de los derechos cometidas por los estados:

- 1) Un procedimiento de comunicación que permite a los NNA presentar denuncias sobre violaciones de sus derechos al Comité, si no han sido totalmente resueltos a nivel nacional.
- 2) Un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos del niño, que no tiene que estar vinculada a las víctimas individuales.

Antes de la aprobación del PFCI, el CDN es era único de los principales tratados internacionales de derechos humanos que no contaban con un procedimiento de comunicaciones individuales. El PFCI es un gran logro en ofrecer a NNA la búsqueda de justicia por la violación de sus derechos de una manera adicional, única y apta para menores y de ser escuchados directamente por el órgano de expertos sobre los derechos del niño. Podría decirse que es un enorme avance en el reconocimiento internacional de NNA como iguales y titulares de derechos individuales. Como citado por la anterior Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos Navi Pillay, "Los niños serán ahora capaces de unirse a las filas de otros titulares de derechos, que están facultados para presentar denuncias sobre violaciones de derechos humanos ante órganos internacionales".⁴

Gracias a PFCI, NNA pueden tener acceso a un mecanismo de comunicación individual adaptado a sus derechos, que proporcionará recomendaciones concretas a los estados sobre cómo remediar las violaciones sufridas, obtendrá el reconocimiento internacional de dichas violaciones, y acabará por ayudar a mejorar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el ROVN+y OPAC+a nivel nacional.

³ Por favor tenga en cuenta que el país debe haber ratificado los protocolos facultativos para poder presentar una denuncia ante el Comité de la ONU, y la violación debe haber tenido lugar después de la ratificación.

⁴ Declaración de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos Navi Pillay, citado en el comunicado de prensa de la OACDH, accesible aquí: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=40802#.WUPBM-uGO70> [visitada 16.6.17].

PFCl: situación actual

En noviembre de 2017, eran 36 Estados Partes los que habían ratificado el PFCl; 51 Estados firmantes que han indicado su voluntad de proceder a la ratificación, y 106 que aún tienen que actuar⁵. Una Coalición internacional sobre la ratificación de la PFCl fue establecida para sensibilizar acerca de este instrumento y difundir información, ideas y herramientas para permitir a los interesados participar en la campaña de ratificación, y buscar una rápida entrada en vigor del PFCl.

El PFCl entró en vigor el 14 de abril de 2014, y tres años más tarde, el Comité registró un total de 35 comunicaciones. De estas, el Comité decidió que 3 eran inadmisibles y suspendió el examen de una comunicación. La lista de casos pendientes de decisión ya está disponible en Internet⁶ y resalta el Estado contra el que la comunicación ha sido señalada; el tema de la comunicación y los artículos de la CDN presuntamente violados. Es interesante observar que la mayoría de los casos son sobre NNA migrantes y son denuncias contra España.

¿Cuál puede ser el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en relación con PFCl?

Como se indica en el informe del Alto Comisionado en la 29ª reunión de presidentes de órganos creados en virtud de tratados, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden desempeñar un papel singular en la cooperación con los Órganos de Tratados de la ONU, y en particular en la promoción de sus recomendaciones⁷. Las instituciones nacionales de derechos humanos tienen el mandato de vigilar que sus gobiernos cumplan con el derecho internacional de los derechos humanos, así como con las opiniones y observaciones finales⁸ de los órganos creados en virtud de tratados.

En su segundo Comentario General aprobado en 2002⁹, el Comité indicó claramente que las instituciones nacionales son un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la Convención y sus Protocolos

Facultativos y el PFCl reitera que las instituciones nacionales pueden desempeñar un papel importante en su aplicación:

"Recordando el importante papel que las instituciones nacionales de derechos humanos y otras instituciones especializadas, con el mandato de promover y proteger los derechos del niño, pueden desempeñar en este sentido,"

El objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible reitera esta idea llamando a los estados a proporcionar acceso a la justicia para todos con el objetivo de construir unas instituciones eficaces, responsables e inclusivas. Las instituciones nacionales de derechos humanos se mencionan específicamente por su importante papel en la prevención de la violencia, por medio de una monitorización regular, informes y medidas de protección.

Dentro de este amplio papel, algunas de las instituciones nacionales de derechos humanos pueden llevar a cabo investigaciones, presentar denuncias, y dar apoyo a NNA víctimas de violaciones de derechos humanos para que sean escuchados y tener acceso a la justicia, garantizar recursos eficaces por la violación de sus derechos¹⁰. Además, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden actuar como enlace entre el gobierno y la sociedad civil, incluidos los NNA, gracias a su singular enfoque de derechos humanos y función consultiva para agentes, incluidos los gobiernos locales y nacionales, abogados y organizaciones no gubernamentales.

Hasta ahora, las instituciones nacionales de derechos humanos han demostrado un mayor involucramiento en los procesos de presentación de informes de los órganos de la ONU creados en virtud de tratados que en otras áreas de trabajo, como es el caso de las comunicaciones individuales y los procedimientos de investigación. Como se destaca en el informe del Alto Comisionado Common approach to engagement with national human rights institutions (Enfoque común para la participación con las instituciones nacionales de derechos humanos)¹¹, las instituciones nacionales no participan sistemáticamente en los procedimientos de comunicaciones individuales de los órganos creados en virtud de tratados, incluido el PFCl.

⁵ OACDH de la ONU. [Estado de ratificación, cuadro interactivo](#). [visitada 16.6.17].

⁶ Página web del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño: [Lista de casos pendientes](#) [visitada 16.6.17].

⁷ La OACDH de la ONU [Enfoque común a la participación con instituciones nacionales de derechos humanos](#)

⁸ Müller, A. y Seidensticker, F. (2007). [El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el proceso de los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas](#) [visitada 16.6.17].

⁹ Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2002). [CRC/GC/2002/2](#)

¹⁰ Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2002). [CRC/GC/2002/2](#)

¹¹ La OACDH de la ONU [Enfoque común para la participación con instituciones nacionales de derechos humanos](#).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

¿Existen ejemplos concretos de actividades de las instituciones nacionales de derechos humanos que se pueden llevar a cabo a fin de cumplir con su "importante papel", como ha afirmado el Comité (arriba)?

Ejemplos de cómo las instituciones nacionales de derechos humanos están trabajando con el PFCI: Ejemplos de Portugal, Alemania, Malawi y Colombia

Hay actividades únicas para el mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos que pueden ayudar significativamente a promover el PFCI a nivel nacional, fortalecer y apoyar las recomendaciones y procedimientos del Comité y garantizar que los NNA pueden obtener reparación por las violaciones de sus derechos en el plano internacional dentro de sus países.

Las instituciones nacionales pueden promover la ratificación o adhesión al PFCI¹²

Las instituciones nacionales de derechos humanos podrían instar a los estados a que ratifiquen los instrumentos necesarios, de conformidad con lo dispuesto en los Principios de París. Los informes anuales de las instituciones nacionales de derechos humanos constituyen un importante vehículo para dar efecto a los llamamientos para la ratificación de diversos instrumentos y el levantamiento de las reservas.¹³

La Comisión de Derechos Humanos de **Malawi** asistió a una reunión con ONGs en Etiopía, donde fueron sensibilizados sobre el PFCI y su contenido. La Comisión ahora está colaborando con organizaciones de la sociedad civil para influir en el gobierno, el Parlamento y el público en general para la ratificación del PFCI. Recientemente, la Comisión se reunió con el Ministerio de Asuntos de la mujer y la infancia para plantear la importancia de tener una opción para abordar las violaciones de derechos humanos. Gracias a esta promoción, el PFCI ha pasado ahora a formar parte del debate público del país.

En enero de 2017, Malawi recibió las observaciones finales del Comité, en el que se recomendó la ratificación del PFCI (lo cual forma parte ahora del trabajo del Comité para aquellos países que aún no han ratificado). El Comité está usando esto como una herramienta de

promoción para seguir presionando al Gobierno a ratificar el Protocolo.

En **Colombia**, la Oficina de la Defensoría del Pueblo ha proporcionado repetidos argumentos a favor de la ratificación del PFCI, resaltando que no hay nada que impida al estado adherirse al Protocolo. Esto es porque sólo se aplicaría en el caso de que los mecanismos nacionales de protección de los derechos del niño no hayan podido satisfacer las garantías constitucionales y de la CDN. Además, la Defensoría del Pueblo destacó que la ratificación no requeriría ningún esfuerzo económico por parte del Gobierno nacional, sino más bien una herramienta adicional para implementar las obligaciones ya existentes.

- 1) Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden contribuir a sensibilizar y comprender el contenido del PFCI, entre NNA y adultos en todos los niveles de gobierno.

Todas las instituciones nacionales de derechos humanos tienen un mandato para participar en la educación en materia de derechos humanos, así como en sensibilización; y, muchas llevan a cabo estas actividades, entre ellas, impartir formación a los profesionales del derecho.

En **Portugal**, la Oficina del Defensor del Pueblo está promoviendo iniciativas de sensibilización dirigidas a NNA y las instituciones que se ocupan de los derechos del niño, para aumentar la comprensión del PFCI y crear un "entorno favorable" donde el acceso al procedimiento de comunicaciones individuales sea fácilmente comprendido.

- 2) Las instituciones nacionales pueden asesorar a las víctimas sobre los procedimientos de la PFCI y conectarlos con ONGs y abogados.

Según lo recomendado por el ACNUDH¹⁴, las instituciones nacionales de derechos humanos podrían ser más proactivas en asegurar que las presuntas víctimas sean conscientes de los procedimientos relativos a las comunicaciones. También podrían ser más creativas en la búsqueda de formas eficaces de hacerlo, como por ejemplo utilizando estructuras nacionales y proyectos ya existentes para ofrecer asistencia legal (y otra) asistencia y asesoramiento a los

¹² Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2002). [CRC/GC/2002/2](#)

¹³ La OACDH de la ONU [Enfoque común para la participación con instituciones nacionales de derechos humanos.](#)

¹⁴ La OACDH de la ONU [Enfoque común para la participación con instituciones nacionales de derechos humanos.](#)

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

NNA y a través de estos medios, el PFCI también podría ser eficientemente aplicado.

En **Alemania**, el Instituto Alemán de Derechos Humanos ofrece asesoramiento, información, mediación y, si es necesario, orientación jurisdiccional para NNA y adultos que trabajan con NNA. Los asesores consideran los mejores intereses de NNA y están de su lado: tienen el conocimiento para guiar a cada NNA o a las personas en las que el niño confía, a encontrar el lugar adecuado para obtener el mejor asesoramiento. El Instituto de Derechos Humanos también ha asignado oficinas de la infancia, comisionados del niño y defensores del niño, de los cuales hay unos 80 de un total de 11000 áreas locales, algunas con mecanismos de denuncia y asesoramiento.

En **Malawi**, la Comisión Mapuche de Derechos Humanos (MHRC) utiliza las organizaciones comunitarias, clubes de derechos del niño, consejos de estudiantes y partes interesadas como **NICE Trust+** (extendido en todos los distritos de Malawi) para proporcionar información y recibir denuncias.

Es fundamental que las instituciones nacionales de derechos humanos que están en contacto con las víctimas o las presuntas víctimas proporcionen el asesoramiento necesario y las conexiones para asegurarse de que NNA pueden acceder al PFCI de la manera más eficaz. El papel complementario de las instituciones nacionales y las ONG es de particular importancia cuando se trata de remitirse a los casos llevados delante de una institución que no tiene mandato para ocuparse de las denuncias individuales.

- 3) Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden ayudar a las víctimas a realizar comunicaciones individuales e investigaciones bajo el PFCI

Las instituciones nacionales están en una posición única para apoyar a las víctimas a presentar casos bajo el procedimiento de comunicaciones individuales y el procedimiento de investigación del PFCI. Gracias a los poderes especiales previstos por los Principios de París, basado en que las instituciones nacionales de derechos humanos podrían "escuchar a cualquier persona y obtener toda la información y los documentos necesarios para evaluar situaciones que entran dentro de su competencia", algunas de las instituciones nacionales de derechos humanos también pueden representar a las víctimas y llevar los casos directamente en su

nombre. El poder acceder a documentos, registros, personas y lugares se ha señalado como "el alma de las instituciones encargadas de la supervisión". A pesar de que el grado de acceso a la información varía de institución a institución, es algo que las organizaciones de la sociedad civil y otros actores no gubernamentales no suelen tener o lo tienen a un grado diferente.¹⁵

Si una institución nacional de derechos humanos tiene o no competencia cuasi-judicial, pueden proporcionar información clave al Comité sobre casos individuales, a través de *amicus curiae* (véase la sección 5), así como en una investigación, a través de, por ejemplo, reuniones durante una visita del Comité. Las instituciones nacionales de derechos humanos también pueden solicitar al Comité que lleve a cabo una investigación, proporcionando¹⁶ "información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un estado parte de los derechos establecidos en la Convención o en los Protocolos Facultativos".¹⁷

Es importante señalar que el Comité ha recomendado que las instituciones nacionales de derechos humanos "realicen investigaciones sobre cuestiones relativas a los derechos del niño" y "preparen y publiquen las opiniones, recomendaciones e informes, a petición de las autoridades nacionales o por iniciativa propia, sobre cualquier cuestión relativa a la promoción y protección de los derechos del niño".¹⁸ El papel que las instituciones nacionales pueden desempeñar en el marco del procedimiento de investigación es tan crucial como el que ya desempeñan en relación con el proceso de presentación de informes a los órganos creados en virtud de tratados. Las instituciones nacionales de derechos humanos podrían utilizar el PFCI para ganar publicidad sobre el tema y aprovechar su promoción a través de las recomendaciones de los expertos del Comité.

15 Ben Buckland, acceso a la información por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos - ¿Qué significa?

<http://www.apt.ch/en/blog/access-to-information-by-nhris-what-does-it-mean/#.WVENbDKGOUk>

16 Artículos 10 y 40 del Reglamento del PFCI
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR/C/62/3&Lang=en

17 Artículo 13 PFCI

18 Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2002). [CRC/GC/2002/2](http://www.unhcr.org/refugees/crc/gc/2002/2)

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Por ejemplo, en **Malawi**, la MHRC se ocupa de las denuncias a través de investigaciones y encuestas públicas sobre violaciones sistémicas. Las denuncias han llevado a veces a una investigación exhaustiva, como por ejemplo, investigación sobre cultura y derechos humanos. Las denuncias también han conducido a un control regular de lugares propensos a violaciones de derechos humanos, tales como las instituciones de cuidado infantil, las celdas policiales, hospitales y escuelas.

- 4) Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden proporcionar información al Comité a través de *amicus curiae*

En cualquier momento después de la recepción por el Comité de una comunicación, y antes de tomar una decisión, el Comité de la ONU puede consultar o recibir, cuando proceda, la documentación pertinente de las instituciones nacionales de derechos humanos al respecto.¹⁹ Esto es entre una amplia lista de cualesquiera otras organizaciones, órganos u organismos, desde el nivel local hasta el internacional y de la ONU con el mandato de promover y proteger los derechos del niño.

Tanto ACNUDH²⁰ como GANHRI²¹ han alentado a las instituciones nacionales de derechos humanos presentar *amicus curiae* a los Órganos de Tratados de la ONU. Principalmente, en proporcionar un panorama completo de las situaciones legales y fácticas y ayudar en el desarrollo de vistas específicos y concretos y decisiones sobre un problema estructural subyacente a un caso individual. Varias instituciones nacionales de derechos humanos, individualmente o a través de sus redes regionales, tienen experiencia como *amicus curiae* en las actuaciones judiciales a nivel nacional y/o regional.

¹⁹ Ver PFCI Reglas de Procedimiento. Con respecto a otros órganos de tratados de la ONU, las reglas de procedimiento para el CDESCR confirman que en relación a los procedimientos relativos a las comunicaciones, la información puede obtenerse de las instituciones nacionales de derechos humanos. Las reglas de procedimiento de la CDPD se refieren a la posibilidad de obtener información adicional de las instituciones nacionales de derechos humanos en virtud del procedimiento de investigación. Ver: GANHRI (2016). [Instituciones nacionales de derechos humanos y el sistema de tratados de la ONU Ganhri Background Paper](#) [visitada 20.6.17].

²⁰ GANHRI (2016). [Instituciones nacionales de derechos humanos y el sistema de tratados de la ONU Ganhri Background Paper](#) [visitada 20.6.17].

²¹ La OACDH de la ONU [Enfoque común a la participación con instituciones nacionales de derechos humanos](#)

El PFCI ofrece una oportunidad única para que las instituciones nacionales puedan influir en las decisiones del Comité sobre las comunicaciones individuales a fin de desarrollar una sólida jurisprudencia internacional. Como las Observaciones Finales del Comité, las decisiones sobre comunicaciones individuales pueden ayudar a la efectiva aplicación de la CDN y sus protocolos a nivel nacional mediante la aclaración de las disposiciones legales. La labor del Comité sobre las comunicaciones aborda los aspectos más oscuros de la implementación, y sólo los casos individuales pueden arrojar luz sobre ellos, así como recomendaciones concretas que puedan ayudar a los Estados a comprender mejor sus obligaciones. Estas últimas están estrechamente relacionadas con las funciones básicas de las instituciones nacionales de derechos humanos (reconociendo que los mandatos nacionales varían) para tramitar las reclamaciones y formular recomendaciones sobre la reforma de la legislación.

- 5) Supervisión del cumplimiento de los gobiernos con el PFCI

En palabras del Comité, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden "mantener bajo examen la suficiencia y la eficacia de la legislación y la práctica relativa a la protección de los derechos del niño" y "revisar e informar sobre la implementación por parte del gobierno y la supervisión del estado de los derechos del niño (o)".²²

Muchas instituciones nacionales de derechos humanos desempeñan un papel importante en el seguimiento de las Observaciones Finales del Comité, mediante la realización de seguimiento, presentación de informes, actividades de promoción y concienciación. De hecho, las instituciones nacionales pueden hacer el mismo tipo de trabajo en relación con los dictámenes del Comité y las decisiones en virtud del PFCI. Estos no son directamente aplicables en el plano nacional y, por lo tanto, necesitan, como las observaciones finales, los esfuerzos de todas las partes interesadas, incluidas las instituciones nacionales de derechos humanos.

²² Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño (2002). [CRC/GC/2002/2](#)

En **Malawi**, la MHRC utiliza la información recopilada sobre las violaciones de los derechos del niño para producir documentos de posición presentados para complementar los procesos de revisión de la ley, utilizados para ofrecer asesoramiento al parlamento cuando las facturas están siendo consideradas y para asesorar al gobierno en la formulación de políticas y reglamentos. Esta actividad proporciona un ejemplo donde las decisiones y recomendaciones del Comité sobre el PFCI podría utilizarse para justificar y fortalecer las posiciones para las instituciones nacionales de derechos humanos.

En **Alemania**, el Instituto alemán para los Derechos Humanos tiene un Mecanismo de Vigilancia Nacional sobre los Derechos del Niño, que pretende reforzar la posición de NNA dentro del sistema jurisdiccional y mejorar el sistema existente mediante la ejecución de estudios y asesoramiento. Estas son funciones que podrían ampliarse para vigilar la forma en que los gobiernos cumplen con el PFCI, en coordinación con otros órganos de supervisión, como los mecanismos nacionales para la presentación de informes y el seguimiento²³ y la sociedad civil, incluidos los NNA.

Gracias a su función de asesoramiento, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden recordar a los estados la obligación de difundir el PFCI y con las decisiones del Comité en formatos accesibles a todos los NNA.²⁴ También pueden emprender más promoción para asegurar que las autoridades competentes apliquen efectivamente las "medidas provisionales" que el Comité puede solicitar para proteger a las víctimas en riesgo de daños irreparables.

Además de trabajar en el plano nacional, las instituciones nacionales de derechos humanos pueden cooperar con el Comité en la fase de seguimiento. Pese a que el Comité no dispone de un procedimiento de seguimiento para supervisar el cumplimiento de los estados con sus observaciones finales, el PFCI proporciona un procedimiento de seguimiento para las comunicaciones individuales²⁵, así como las investigaciones²⁶. Esta es una oportunidad única para que las instituciones nacionales de derechos humanos apoyen al Comité en la evaluación del nivel de cumplimiento de sus recomendaciones por el gobierno, aunque las modalidades específicas de participación aún no se hayan definido por el Comité. En este sentido, la Oficina ha recomendado que los Órganos creados en virtud de Tratados desarrollen directrices específicas sobre la manera en que las instituciones nacionales pueden participar mejor en el seguimiento de sus decisiones sobre comunicaciones individuales.²⁷

²⁵ Artículo 11 Seguimiento 1. El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, junto con sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité una respuesta por escrito, incluyendo información sobre las medidas adoptadas y previstas a la luz de las opiniones y recomendaciones del Comité. El Estado parte presentará su respuesta tan pronto como sea posible y dentro de los seis meses. 2. El Comité respuesta a las podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en opiniones o recomendaciones o aplicación de un acuerdo de solución amistosa, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes del Estado Parte en virtud del artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o en el artículo 8 del Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, donde sea aplicable.

²⁶ Artículo 14 Seguimiento del procedimiento de investigación 1. El Comité podrá, si es necesario, después de la expiración del plazo de seis meses contemplado en el artículo 13, párrafo 5, invitar al Estado Parte interesado a que le informe de las medidas adoptadas y previstas en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 13 del presente Protocolo. 2. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a una investigación efectuada con arreglo al artículo 13, incluyendo el Comité lo considera apropiado, en los informes posteriores del Estado Parte en virtud del artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o en el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la participación de niños en los conflictos armados, donde sea aplicable.

²⁷ La OACDH de la ONU [Enfoque común a la participación con instituciones nacionales de derechos humanos](#)

²³ Declaración conjunta de las ONGs con motivo de la 29ª reunión de los órganos creados en virtud de tratados de la ONU

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/AnnualMeeting/29Meeting/JoinNGOStatement.pdf>

²⁴ Art. 17 PFCI

Conclusiones

¡Las instituciones nacionales de derechos humanos son defensores de los derechos del niño! Todas las instituciones nacionales, con o sin el poder para examinar denuncias individuales, pueden trabajar con el PFCI. Esa participación puede adoptar diferentes formas que reflejen aspectos fundamentales de los Principios de París y el papel singular y único de las instituciones nacionales de derechos humanos establecidos por órganos de tratados de la ONU.

Las instituciones nacionales pueden desempeñar un papel decisivo en los progresos realizados en la aplicación del Objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para asegurar que NNA tengan acceso al PFCI como un recurso esencial para NNA si se han agotado todos los medios para conseguir justicia a nivel nacional. Las

instituciones nacionales pueden abogar por la ratificación del PFCI y reforzar así la responsabilidad de los estados de adoptar medidas y, en última instancia, para proteger y progresar hacia la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos. El PFCI puede contribuir al fortalecimiento de la jurisprudencia interna en relación a los NNA y puede aumentar la conciencia pública sobre los derechos del niño.

Child Rights Connect es una red independiente sin fines de lucro de 84 organizaciones, redes y coaliciones nacionales, regionales e internacionales

Elaboración de sentencias relativas a los derechos del niño—cinco factores que los jueces deberían contemplar

Profesores Helen Stalford
y
Kathryn Hollingsworth



Profesora Helen Stalford



Profesora Kathryn Hollingsworth

Introducción

En enero de 2017, publicamos en la Crónica un artículo breve en el que presentamos el resultado de un proyecto de dos años, Children's Rights Judgments (Sentencias relativas a los derechos del niño), financiado por el Consejo de Investigación sobre Artes y Humanidades. Dicho proyecto ya se ha completado: participaron casi 60 expertos académicos y profesionales del derecho que se desempeñan en el área de los derechos del niño en todo el mundo. Esta iniciativa representó una oportunidad única de colaboración y la posibilidad de reunir a los académicos y a los profesionales del derecho dedicados a los derechos del niño, quienes tuvieron acceso a las reflexiones teóricas más actualizadas y los conocimientos prácticos surgidos de las investigaciones más recientes sobre la niñez. A la vez, los teóricos pudieron obtener información detallada sobre la experiencia de los jueces en el ejercicio de traducir la expresión abstracta de los derechos a decisiones significativas, fructíferas y viables relacionadas con los niños implicados en los procesos legales.

Se encomendó a los colaboradores que analicen sentencias existentes y que redacten versiones alternativas que resulten auténticas con el fin de ilustrar, en los términos de los propios jueces y ateniéndose a las convenciones judiciales, cómo podrían haber sido si se las hubiera concebido desde la perspectiva de los derechos del niño. El trabajo final contiene 28 sentencias comentadas que cubren siete jurisdicciones nacionales (14 de Inglaterra y Gales y una de cada uno de los siguientes países: Australia, Países Bajos, Estados Unidos, Sudáfrica, Canadá y Pakistán), además de ocho sentencias de tribunales internacionales. Las sentencias también cubren

una amplia variedad de ámbitos jurídicos, entre los que se incluyen acciones sobre asistencia de salud pública y privada, toma de decisiones médicas, orden público, inmigración y asilo, justicia penal, privacidad en los medios y secuestro parental de niños.

En términos más amplios, el proyecto apuntaba a confrontar algunas de las cuestiones legales, políticas, económicas, culturales y personales que muy frecuentemente limitan la capacidad de los jueces de defender los derechos de los niños con más firmeza en los tribunales. Con la intención de desarrollar algunas sugerencias constructivas sobre cómo superar estas limitaciones, identificamos cinco factores principales que caracterizarían al enfoque para la elaboración de sentencias desde la perspectiva de los derechos del niño e ilustramos, a través de ejemplos de sentencias reescritas, la diferencia que puede hacer su aplicación en la resolución de los casos que involucran a niños. Estos cinco factores son:

- (i) Utilizar explícitamente los principios de los derechos del niño, entre los que se incluye la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, para fundamentar las decisiones judiciales;
- (ii) Recurrir a los conocimientos académicos teóricos y prácticos para fundamentar (y cuestionar) los conceptos establecidos sobre los niños y la niñez;
- (iii) Aplicar y promover procedimientos adaptados a los niños a fin de maximizar el nivel de participación de los niños en el proceso legal.
- (iv) Colocar la voz de los niños, sus intereses y experiencias en el centro de la narrativa de la sentencia;
- (v) Comunicar la sentencia de una manera comprensible para los niños

El análisis que figura a continuación resume algunas de las limitaciones inherentes a los abordajes judiciales de los casos que implican a los niños, y luego ejemplifica cómo se aplicaron cada uno de los factores de los derechos del niño antes mencionados a la reescritura de las sentencias incluidas en el proyecto. En tanto algunos colaboradores, quizás predeciblemente, aplican un razonamiento diferente o diferentes fuentes de derechos del niño para llegar a un resultado distinto al original, otras contribuciones igualmente interesantes arriban a resultados similares al original pero utilizando un razonamiento más explícito sobre los derechos del niño.

Por supuesto, reconocemos las limitaciones para reescribir sentencias, algunas de las cuales fueron mencionadas en nuestro primer artículo. Como grupo compuesto principalmente por académicos, nuestra experiencia judicial se limitó a una sesión de capacitación de 30 minutos con Sir Mark Hedley al inicio del proyecto, y recibimos aportes de Lady Hale, Sir Mathew Thorpe y Sir Mark Hedley sobre algunos borradores de sentencias. Dada la gran cantidad de contribuciones, tuvimos que limitar la extensión de las sentencias reescritas a 5.000 palabras, lo que exigió que algunos de nuestros jueces se focalizaran en aspectos específicos del original y presenten solo los detalles esenciales en términos de antecedentes fácticos y elementos probatorios. Para preservar la autenticidad, cada caso podía basarse solamente en las fuentes legales, probatorias y de derechos del niño disponibles en el momento en que se redactó la sentencia original y ser lo más fiel posible a las convenciones judiciales del tribunal en cuestión. Una vez más, esto representó un desafío, especialmente para las sentencias anteriores al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho (por ejemplo, un caso de robo cometido por un niño que data de la década de 1780).

1. ¿Qué factores dificultan que los jueces se comprometan con los derechos del niño?

Si bien puede parecer una aseveración trivial, es importante recordar que los jueces tienen un rol muy crítico a la hora de dar efecto a los derechos de los niños. Ellos actúan en los casos en que los responsables de los niños, entre ellos, el estado, los padres y los profesionales de la salud, no cumplen con sus obligaciones o no pueden ponerse de acuerdo sobre lo que es mejor para un niño. Ellos son los que deben defender los principios básicos en contextos de hostilidad política, económica y legal y enfrentar las tendencias populistas y neoliberales que amenazan con socavar sus derechos. Es en las cortes y los tribunales] donde los niños, por lo menos en teoría, adquieren una voz legal

independiente que se les deniega en otras instancias de decisiones en el ámbito privado o público.

Independientemente de sus funciones como facilitadores y activadores de los derechos de los niños, los jueces también son susceptibles de fallas en la toma de decisiones y los procesos, frecuentemente con consecuencias nocivas para los niños como individuos y para los derechos del niño en términos más amplios. Nuestro análisis de casos específicos y de la abundante bibliografía sobre la vivencia de los niños en el curso de los procesos legales durante este proyecto revelaron diversas tendencias específicas por parte del poder judicial que ponen en riesgo su capacidad para mantener lo que nosotros, como académicos expertos en los derechos del niño, definimos como abordaje centrado en los derechos del niño. Algunos ejemplos son: resistencia a ver a los niños como sujetos de derechos, conceptualizaciones rígidas o sin sustento sobre los niños y la niñez, abordajes oscuros e inconsistentes para determinar el interés superior del niño, tendencia a ignorar a los niños en los procesos judiciales y falta de respeto por la autonomía de los niños. Explicaremos cada una de estas limitaciones y tendencias antes de pasar a ilustrar las posibles maneras de abordarlas en la sección 2.

i. Resistencia a ver a los niños como sujetos de derecho

Aunque los derechos de los niños están actualmente incorporados a la legislación internacional, regional y nacional, muchos jueces se resisten a aplicar el lenguaje y las herramientas de derechos de los niños en sus casos. Quizás lo más notable es la conocida renuencia judicial a referirse explícitamente a la CNUDN para avalar su interpretación de los derechos del niño a menos que ésta se encuentre explícitamente mencionada en los argumentos legales presentados por los abogados o en la legislación nacional aplicable. Nuestro proyecto incluye muchos ejemplos de esto, incluida la decisión mayoritaria en Begum (R (sobre Begum) c. Dirección de la escuela secundaria Denbigh [2006] UKHL 15). Este caso involucró a una alumna musulmana, Shabina Begum, que deseaba asistir a la escuela usando un hiyab, lo que contravenía la política de uniformes de la institución. Begum sostenía que la política violaba los artículos 9 y 2 del CEDH, pero la corte se focalizó casi totalmente en la discrecionalidad de las autoridades para derogar dichos derechos. Prácticamente no se prestó ninguna consideración a lo que estos derechos implicaban para la niña y si esta norma se aplicaba a la luz de sus circunstancias, y por cierto no se hizo ningún intento de recurrir directamente a las disposiciones correspondientes de la CNUDN para fundamentar el análisis.

ii. Conceptualización judicial fija o rígida sobre los niños y la niñez

Otro síntoma del análisis judicial de los casos que involucran a niños en un vacío de derechos es que vemos jueces que sustituyen los derechos de los niños y la interpretación de lo que cada uno de dichos derechos debería implicar. Por otros conceptos sobre los niños y la niñez, muy frecuentemente alimentados por la experiencia personal y profesional de los jueces, sus instintos e incluso sus prejuicios. Esta clase de abordaje generalmente toma a los niños como sujetos vulnerables, muy dependientes, inmaduros y faltos de racionalidad.

La situación se torna más compleja por el hecho de que el límite de edad establecido entre la niñez y la adultez se encuentra prefijado de un modo arbitrario. El proceso de adquirir la sabiduría, la perspectiva y la madurez necesarias para determinar la dirección de la propia vida ocurre en etapas evolutivas presuntamente predecibles. Cuando los niños no actúan en conformidad con las etapas previstas, usualmente se toma uno de dos enfoques: se los deja de considerar niños necesitados de atención especial (por ej., los niños que cometen delitos), o deben ir más allá incluso de lo que se requiere para los adultos en circunstancias similares para adquirir el derecho a la autodeterminación. Por ejemplo, los niños deben alcanzar un alto umbral de capacidad para poder tener influencia en las decisiones sobre su cuidado parental y tenencia o sobre su propio tratamiento médico.

Las presunciones rígidas basadas en la edad o el inconsciente colectivo tienen una influencia significativa en la toma de decisiones en el ámbito judicial. Tomemos como ejemplo la decisión original de la Corte Suprema de los Países Bajos (Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:3535, 5 de diciembre de 2014), reescrita para nuestro proyecto por los profesores Marielle Bruning y Ton Liefwaard de la Universidad de Leiden. Al determinar que solo los niños competentes tienen derecho a ser oídos en los procedimientos judiciales si tienen 12 años o más, la ley holandesa limita significativamente la capacidad de los niños más pequeños de participar en las decisiones familiares, independientemente de su nivel de competencia. Si bien los jueces tienen discrecionalidad para permitir que los niños más pequeños sean escuchados en dichos procedimientos, se nos informó que rara vez se otorga permiso para ello, con lo cual el poder judicial perpetúa y promueve un umbral de edad totalmente arbitrario, como si se tratara de un punto de transición efectiva hacia la madurez y la resiliencia.

Estar preparados para confrontar estas presunciones e involucrarse más críticamente con perspectivas empíricas e informadas sobre los niños y la niñez es clave para empoderar a los niños en los procesos judiciales.

iii. Abordajes oscuros e incoherentes para evaluar el interés superior del niño

Una inquietud común sobre el razonamiento de los jueces respecto de cuestiones relativas a los derechos del niño es su tratamiento del principio del interés superior. Este es el pilar para la toma de decisiones en casos que involucran a niños y se ha transformado en una forma simplificada de promover el mejor resultado para los niños. No hace falta esforzarse mucho para encontrar referencias al interés superior en la mayoría de los casos que involucran a niños, pero el proyecto permitió identificar significativas variaciones y falta de transparencia y, en algunos casos, en las evaluaciones del interés superior por parte de la justicia, incluso en relación con casos comparables desde el punto de vista legal y fáctico. Esto se ve agravado por la borrosa distinción entre el concepto de bienestar (un concepto legal arraigado en Inglaterra y Gales, particularmente en casos de familia) y el interés superior. La combinación de estos dos conceptos ha dificultado e incluso socavado la aceptación del interés superior como derecho claramente diferenciado o como concepto que sustenta a otros derechos de los niños (según lo dispuesto por el artículo 3(1) de la CNUD y la Observación General N.º 14). En la práctica, la determinación del interés superior o del bienestar se caracteriza comúnmente por evaluaciones paternalistas más estrechas, que excluyen en lugar de incluir el punto de vista de los niños. Un buen ejemplo de la evaluación superficial del interés superior de los niños se encuentra en el caso Collins c. Secretaría de Estado para las Comunidades y el Gobierno Local [2013] EWCA Civ. 1865 CA. Se trata de una apelación de una familia extendida de nómadas irlandesas, que incluía a 39 niños, contra la denegación del permiso para permanecer en su territorio emitida por el departamento de planeamiento del gobierno municipal. Hay poca evidencia en la sentencia original de que el tribunal considere el impacto que tendría el desalojo forzado y la reubicación de las familias sobre el interés superior educativo, emocional, social y financiero de los niños. En lugar de evaluar dicho impacto, el tribunal fusionó los intereses de los adultos con los de los niños.

iv. Ignorar a los niños en los procedimientos judiciales

El proyecto identificó la tendencia de los tribunales a marginar a los niños en los procedimientos, tanto debido a la restricción de su participación activa como a la propensión a considerar cuestiones relativas a los niños desde la perspectiva de los adultos.

Esto quizás no resulte sorprendente si consideramos los obstáculos jurídicos, procesales y prácticos para involucrar a los niños directamente en los procesos judiciales: logísticamente, es difícil que los niños puedan presentar una demanda legal por derecho propio. En algunos casos, tienen un impedimento legal para hacerlo, o pueden requerir permiso del tribunal para actuar como parte en una acción. Los procesos legales en tribunales internacionales presentan pocos mecanismos o ninguno para involucrar a los niños directamente en los procedimientos (un problema abordado en nuestro proyecto en la reescritura de Lubanga, el renombrado caso de los niños soldados tratado por la Corte Penal Internacional en 2012). Los niños generalmente tienen conocimientos muy limitados sobre sus derechos legales y por lo tanto no tienen idea de que sus derechos han sido violados, además generalmente no tienen conocimientos ni recursos financieros para acceder a asesoramiento y representación legal apropiados.

Por esta razón, generalmente los adultos promueven demandas en nombre de los niños con escasa o nula participación de los niños en el procedimiento. En consecuencia, la carga de garantizar que no se distorsionen o instrumentalicen los intereses de los niños en pos de sus propias agendas recae enteramente en los adultos. Un buen ejemplo de los riesgos que se originan en esta situación es el caso de AAA c. Associated News [2013] EWCA Civ. 554. Este caso se trató de una demanda de indemnización por daños y una orden judicial para impedir a un periódico que divulgue lazos de maternidad por parte de una mujer que había confesado ante un editor haber tenido un hijo como resultado de una relación fugaz con una figura pública de alto perfil. La demanda original se tramitó sin éxito sobre la base del derecho de la madre a la privacidad, sin considerar que el niño tenía un derecho independiente a la privacidad que no podía ser ignorado simplemente por la indiscreción de la madre.

v. Falta de convicción sobre la autonomía de los niños

Quizás el problema más común en la justicia es minimizar o incluso obstruir la participación activa de los niños en la toma de decisiones o no prestar ninguna atención a sus puntos de vista y deseos. Esto se justifica comúnmente con el argumento

de que darles demasiada relevancia a los puntos de vista del niño pondría en riesgo su bienestar, especialmente si se percibe que el niño no tiene mucha claridad respecto de las implicancias de lo que se le está pidiendo al juez.

El proyecto reveló que, en ausencia de un umbral de edad estricto y de fácil aplicación por el cual los niños adquieren autonomía legal, se requiere un nivel alto de comprensión y capacidad por parte de los niños para que se los considere suficientemente confiables para tomar decisiones autónomas, en algunos casos incluso más alto que el que se espera de los adultos. Incluso cuando se alcanza este umbral, los jueces son extremadamente reticentes a oponerse a las recomendaciones y opiniones de profesionales adultos y de los padres, especialmente en cuestiones relativas a la vida y la muerte. Esto queda de manifiesto en el caso de protección de niños P-S (Niños) [2013] EWCA Civ. 223 en el que el deseo manifestado por un niño de 15 años de renunciar a los cuidados de acogida y volver a vivir con su madre fue ignorado. En su breve encuentro con el niño durante el juicio, el juez no le dio la oportunidad de expresar sus deseos y sentimientos, limitando su comunicación con él a una simple explicación del procedimiento judicial. Cuando el niño solicitó prestar declaración a través de una transmisión de video, se denegó su solicitud con el argumento de que sería nocivo para su bienestar y potencialmente lo haría sentir responsable de la decisión resultante.

2. ¿Qué significa adoptar un abordaje basado en los derechos del niño para la toma de decisiones judiciales?

El proyecto reconoce la multiplicidad de limitaciones culturales, jurisprudenciales, probatorias, institucionales, constitucionales y políticas que coartan la libertad judicial. No obstante, sugerimos que los jueces pueden superar los problemas identificados más arriba y adoptar un abordaje más explícitamente basado en los derechos del niño. Ya hemos aludido a cinco estrategias amplias para lograrlo, y ahora nos explayaremos sobre cada una haciendo referencia a algunas de las sentencias reescritas en el marco del proyecto.

i. Aplicar los principios de los derechos del niño a la toma de decisiones judiciales

La primera estrategia adoptada por la mayoría de nuestros jueces ficticios fue basarse en forma más explícita en los principios de los derechos del niño en el proceso de razonar y decidir sobre las controversias. Estos principios, entre otros: reconocer al niño como sujeto de derechos, facilitar y dar efecto a la voz del niño, priorizar el interés superior del niño, proteger al niño contra la discriminación y fomentar las relaciones familiares del niño, frecuentemente están reconocidos en la legislación nacional. Algunas veces, como ocurre

en Sudáfrica, están incorporados a la constitución. Sin embargo, los principios están más ampliamente articulados en las normas internacionales sobre derechos del niño, más notablemente la CNUDN, pero también, por ejemplo, en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Incluso aunque estas normas internacionales no sean directamente ejecutables en un sistema jurídico nacional o supranacional en particular (por ej., en la Corte Europea de Derechos Humanos, ECtHR, o la Corte Penal Internacional), pueden ser utilizadas por los jueces para ampliar los límites de la interpretación, el desarrollo y la aplicación de la ley. La sentencia reescrita por Laura Lundy del caso Valsamis c. Grecia (N° 21787/93, 18 de diciembre de 1996) de la ECtH recurre extensamente a la CNUDN así como a las pautas no vinculantes derivadas de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Concluyentes y otras normas de la ONU (que se pueden utilizar para comprender la ECHR y ayudar a los jueces a interpretar y entender los artículos de la CNUDN). Con estos recursos, Lundy pudo hacer una polinización cruzada de las normas sobre los derechos del niño, de manera amplia y detallada, para respaldar las libertades educativas, religiosas y políticas de los niños. De modo similar, la sentencia reescrita por Kirsty Hughes para el reclamo de indemnización por daños y perjuicios en AAA dio prominencia al artículo 3 de la CNUDN (el principio del interés superior), extendiendo de este modo el alcance horizontal de la Convención (o sea, en acciones entre ciudadanos) a las causas de derecho privado. Incluso en los casos en los que la CNUDN no estaba disponible para nuestros jueces, ya sea por razones temporales (porque el caso era anterior a la Convención; ver el caso de 200 años John Hudson, t17831210-19) o debido a la falta de ratificación de la CNUDN (ver el fallo de la Corte Suprema en el caso Roper c. Simmons 543 US 551 (2005), reescrito por Barbara Bennett Woodhouse), los principios centrales de la Convención se ven de todos modos reflejados en el abordaje judicial.

ii. Aprovechar los conocimientos teóricos y empíricos para fundamentar la toma de decisiones judiciales

Los estudiosos de los derechos del niño dedican mucho tiempo a discernir sobre complejas cuestiones legales doctrinales, conceptuales y empíricas que afectan a los niños. Sin embargo, gran parte de esta inteligencia no llega a los tribunales y, si bien no es poco común que los jueces citen doctrina (a la que los abogados han recurrido en busca argumentos legales) es mucho más inusual encontrar otros tipos de investigaciones académicas (citadas en forma explícita o implícita) en las sentencias.

No obstante, las investigaciones conceptuales y empíricas pueden enriquecer las referencias a los derechos del niño en una sentencia.

Los conocimientos académicos aportaron información a las decisiones de nuestros jueces ficticios de diversas maneras. En numerosos casos, el trabajo teórico de autores como Michael Freeman, John Eekelaar, Rosalind Dixon y Martha Nussbaum aportó la justificación implícita para tratar a los niños de manera diferente que a los adultos: algunas veces, para fijar los parámetros de la toma de decisiones por parte de los niños (por ejemplo en casos médicos tales como Re W (A menor)(Consentimiento para recibir tratamiento médico) [1993] Fam. 64 y F c. F [2013] EWHC 2683 (Fam.)); y otras veces, para proporcionar la justificación necesaria para el trato preferencial de los niños por sobre los adultos (por ejemplo, en el caso de Sudáfrica sobre vivienda Gobierno de la República de Sudáfrica y otros c. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC)). En otros ámbitos, el trabajo de teóricos abocados a las relaciones humanas, entre ellos, Jonathan Herring, esgrime un razonamiento que pone en tela de juicio la creencia ortodoxa de que un sujeto de derechos es un individuo racional autosuficiente que necesita de los derechos para protegerse de la interferencia de otros (una descripción no apta para los niños), y que por el contrario ve a los derechos como un sistema de apoyo de la conexión e interdependencia. Esto se ve en el enfoque tomado por Amel Alghrani en el doloroso caso de Re A (Gemelos siameses) [2000] EWCA Civ. 254. En otros casos, nuestros jueces ficticios se refirieron a las investigaciones y sostuvieron que el interés superior debe entenderse holísticamente, teniendo en cuenta todos los derechos del niño en lugar de simplemente reflejar un concepto limitado y paternalista del bienestar. Un buen ejemplo es la versión reescrita de C c. XYZ Consejo del Condado [2007] EWCA Civ. 1206 que hace hincapié en el derecho del niño a la identidad en la evaluación judicial del interés superior del niño en casos de adopción. Finalmente, se utilizaron las investigaciones empíricas para subsanar lagunas en el conocimiento judicial, para propiciar las predicciones futuras sobre el interés superior del niño y para rebatir poderosos factores políticos y económicos que se utilizan en otras circunstancias para limitar los derechos del niño (ver, por ejemplo la versión reescrita del caso sobre inmigración de Zambrano (Caso C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano c. Oficina Nacional del Trabajo (ONEm) [2011] ECR I-01177, 8 de marzo de 2011).

Por razones de espacio no podemos incluir una explicación extendida de las múltiples maneras en que el poder judicial podría nutrirse del conocimiento académico. Es suficiente decir que debido a la gran cantidad de producción académica sobre los derechos del niño, los académicos deben difundir sus investigaciones entre los jueces y profesionales del derecho de manera que les resulten útiles y, cuando resulte apropiado, contribuyan a fundamentar las decisiones judiciales además de verse sometidas al escrutinio y cuestionamiento dentro del contexto judicial.

iii. Promover procedimientos aptos para los niños

Un elemento central para las decisiones relativas a los derechos del niño es la participación del niño durante el proceso de toma de decisiones y la redacción de la sentencia. Todos los procedimientos judiciales y administrativos deben adherir a los principios de aptitud para los niños, entre los que se incluyen las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los Niños, de 2010, y más recientemente, las Directrices sobre los Niños en Contacto con el Sistema de Justicia, publicadas por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF) en 2017. Ambas refuerzan el deber de los jueces de garantizar que las voces de los niños sean genuinamente oídas y, en la medida de lo posible, sean puestas en práctica. Nuestros jueces se han visto algo limitados en el sentido de que no podían incluir retrospectivamente nuevas pruebas o procedimientos que no fueran parte del proceso original (incluso cuando, como en el caso reescrito de Begum, nuestros autores habían entrevistado a la niña (ya adulta) que se veía afectada por el caso). No obstante, el foco significativo de varios de nuestros casos fue la participación de los niños en los procesos legales (incluido el caso P-S y Hoge Raad que se menciona más arriba), y los dictámenes ficticios enfatizaron que los niños deben ser habilitados para participar y que sus puntos de vista y deseos deben influir en la decisión en lugar de ser meras palabras incluidas de manera simbólica.

iv. Colocar la voz de los niños, sus intereses y experiencias en el centro de la narrativa de la sentencia

La cuarta estrategia que identificamos se refiere a la forma en la que se redacta la sentencia, el cómo y en qué lugar del texto. Solo tenemos que pensar en Lord Denning para recordar que las sentencias son, en definitiva, una forma de contar la historia y que los jueces usan la narrativa para persuadir a su audiencia (las partes, el público, la legislatura o los tribunales de apelaciones) de que han tomado la decisión correcta y lo han hecho sobre la base de argumentos correctos.

Los jueces hacen esto a través de la selección de datos, estilo, tono y estructura. Una sentencia sobre derechos del niño contiene una narrativa centrada en el niño: se relatan los hechos y se razona la decisión desde la experiencia del niño. Adoptar la perspectiva del niño puede poner en evidencia que determinados principios legales y conceptos están centrados en los adultos (como lo demuestran nuestros casos de responsabilidad penal). También garantiza que el razonamiento se base en las experiencias concretas vividas por el niño en particular en lugar de reflejar principios abstractos o supuestos de tipo general sobre la niñez que, por otro lado, quitan al niño del centro de la escena.

Los jueces pueden utilizar diversas técnicas para garantizar que el niño quede en el centro de la narrativa y, por lo tanto, del razonamiento y el resultado. En primer lugar, se debe garantizar el propósito legítimo de preservar el anonimato del niño, pero no refiriéndose al niño con una inicial sino con el uso de un seudónimo. Esto permite dar vida al niño, humanizarlo, y garantiza que se recuerde que hay un niño real que se ve afectado por el caso. En las sentencias en las que se nombra al niño, por ejemplo, en algunos casos penales, el uso del nombre de pila del niño en lugar del apellido logra un objetivo similar y también ayuda a revelar la diferencia de poder entre el niño y el estado (la sentencia reescrita Roper c. Simmons emplea esta técnica con buenos resultados). En segundo lugar, los hechos deben focalizarse en la experiencia del niño y en su comprensión en lugar de focalizarse en la experiencia de los adultos o del estado. Esto se ve, por ejemplo, en Gas y Dubois c. France (N° 25951/07, 15 de marzo de 2012) en el que no se reconoció legalmente al padre social del niño. De estas y otras maneras, la elaboración de una sentencia, el razonamiento, los resultados y los procesos pueden ser instrumentos que garanticen el derecho del niño a ser oído y el reconocimiento de los niños como sujetos activos de derechos.

v. Comunicar la sentencia de una manera adaptada a los niños

La última estrategia que proponemos aquí es que la sentencia debe ser elaborada de manera tal de tomar al niño, o a los niños en general, como los destinatarios. Esto puede estar reflejado en la sentencia primaria, o si el caso implica un razonamiento legal complejo, en una versión adjunta redactada de manera adaptada a los niños. Ciertas áreas del derecho, por ejemplo, muchos casos de familia que implican la aplicación de discrecionalidad en un área del derecho bien establecida, se prestan a versiones aptas para los niños. Hay numerosos ejemplos que emergen de la vida real, por ejemplo, algunas de las sentencias recientes del Juez Peter Jackson sobresalen en el sistema de justicia inglés. Pero aun así, estas siguen siendo la excepción en lugar de la regla, y la redacción de sentencias para los niños admite un alcance mucho mayor.

Algunos de nuestros jueces redactaron versiones adicionales específicamente para los niños (Valsamis c. Grecia; Grootboom, Re T (A Menor) (Tutela: tratamiento médico) [1997] 1 FLR 502); otros intentaron adoptar un tono más apto para los niños en toda la sentencia. Pero incluso entre nuestros jueces se observó una considerable disparidad, de la misma manera que en la vida real. Recientemente, hemos analizado 30 casos de secuestro de menores y encontramos que algunos jueces adoptaron un lenguaje simple y claro y estructuras que permitían que un niño de cierta edad comprenda la redacción fácilmente. Otros, sin embargo, empleaban frases que ni siquiera nosotros comprendíamos, o aplicaban un tono autoritario, antiguo o paternalista. Este enfoque disuade a los niños de leer la sentencia y potencialmente daña la confianza y el respeto de los niños por la ley y el sistema jurídico. Un elemento esencial del estado de derecho es que la ley no solo sea correctamente interpretada y aplicada, sino que pueda ser comprendida por quienes deben aplicarla. El sistema judicial tiene un rol crucial en este sentido.

Conclusión

Abordamos este proyecto como académicos, con mucho para aprender y con gran entusiasmo para actuar como puente entre la academia y los profesionales, compartiendo nuestros hallazgos con profesionales del derecho y miembros del poder judicial. Con el apoyo de algunos jueces distinguidos (entre los que se incluye la presidente de la Corte Suprema del Reino Unido, Lady Hale, quien escribió un Prefacio a la publicación de las sentencias reescritas), esperamos que nuestras observaciones sobre las normas, los métodos y las investigaciones sobre derechos de los niños ofrezcan una nueva e interesante perspectiva para los jueces y magistrados y que sirvan de plataforma para un diálogo más constructivo y abierto y para una mayor colaboración. Por cierto, manteniéndonos fuera de nuestra zona de confort académico y tratando genuinamente de ponernos en el lugar de los miembros del poder judicial, hemos aprendido mucho sobre los desafíos involucrados en elaborar sentencias persuasivas que puedan responder a una gran variedad de intereses, frecuentemente a la luz de graves preocupaciones éticas o relativas a las pruebas o los recursos.

El principal resultado del proyecto, el libro *Rewriting Children's Rights Judgment: From Academic Vision to New Practice*, ya está disponible a través de Hart Bloomsbury. Nuestra mirada se dirige ahora a trabajar en forma colaborativa con los jueces para elaborar materiales de capacitación que permitan influenciar la práctica judicial en la vida real. Quienes estén interesados en participar o recibir los materiales de capacitación que surjan de este trabajo, por favor pónganse en contacto con Stalford@liverpool.ac.uk y Kathryn.hollingsworth@newcastle.ac.uk.

Professor Helen Stalford, Facultad de Derecho y Justicia Social, Universidad de Liverpool
Professor Kathryn Hollingsworth, Facultad de Derecho, Universidad de Newcastle

Niños en los sistemas de Juzgados Juveniles y Familiares - una visión desde Nueva Zelanda

District Judge Tony Fitzgerald*



Hera

Hera tiene 14 años. Es una joven maorí que nació en la pobreza y vivió una niñez de maltrato y abandono. Su caso llegó a nuestra agencia de bienestar, Oranga Tamariki (OT), cuando era tan solo una pequeña niña, al igual que el de sus hermanos mayores. Más adelante se realizaron procedimientos en el Tribunal de Familia relativos a la necesidad de atención y protección de Hera debido al maltrato y abandono que había sufrido. El Tribunal de Familia presentó una declaración junto con una orden otorgando la tenencia de Hera al Director General de OT. Aún así, Hera continuó viviendo en la pobreza, en un hogar donde sufría maltrato y abandono, y continuó consumiendo drogas sintéticas, al igual que todos los que vivían allí.

Durante su transición a la adolescencia, Hera llamaba cada vez más la atención de la policía. En cuanto adquirió la edad mínima de imputabilidad, fue imputada y compareció ante el Tribunal de Menores enfrentando cargos por haber tenido una participación menor en un robo agravado. Como era probable que se fugue de cualquier residencia de la comunidad que no fuese su hogar y estaba en riesgo de seguir delinquirando si continuaba permaneciendo allí, fue inevitablemente sometida a prisión preventiva en un centro de detención juvenil de puertas cerradas luego de haber pasado un tiempo detenida en celdas policiales. Permaneció en prisión preventiva en la residencia de régimen cerrado por cuatro meses, mucho más que lo que hubiera correspondido por su delito; de hecho, no hubiera recibido una pena privativa de la libertad si hubiese existido una residencia adecuada para ella en la comunidad. La residencia a la que fue trasladada quedaba en la Isla Sur, muy alejada de su hogar y su familia, ubicados cerca del extremo superior de la Isla Norte en Auckland.

Durante dicho período de prisión preventiva, no se la pudo asignar a ningún programa comunitario

porque no había lugares adecuados para ella en la comunidad. Cuando el Tribunal de Menores analizó las opciones de libertad bajo fianza para los niños atrapados en el sistema, los trabajadores sociales de OT responsables de la atención y protección de niños indicaron que, a pesar de haber realizado una extensa búsqueda, no existía ningún otro sitio disponible para Hera además de su hogar.

Finalmente, Hera fue puesta en libertad y absuelta de los cargos por el Tribunal de Menores por tiempo cumplido en prisión, y hubiera sido enviada nuevamente a su hogar pobre, negligente y sumergido en las drogas si no hubiera sido por uno de los profesionales involucrados en su caso que, en un extraordinario acto de bondad, se ofreció a acogerla.

Cuando tomé conocimiento sobre el injusto plazo que Hera cumplió en prisión preventiva, ella solo me miró como diciendo qué más da; ella era probablemente la persona menos sorprendida en la sala del tribunal, y por lo tanto, menos preocupada por la injusticia que había sufrido en manos del sistema; después de todo, había crecido en un entorno en el que lo habitual para ella era el maltrato.

La mayor parte de los casos de niños atrapados en el sistema no terminan tan bien como el de Hera. Para la mayoría no hay otra opción que regresar a la misma situación insatisfactoria en la que se encontraban antes de ser arrestados, sin la oportunidad de una transición apropiada. En muchos casos habrán pasado importantes períodos de tiempo bajo prisión preventiva, no necesariamente por la gravedad del delito cometido ni por el riesgo que representan para la seguridad pública, sino porque presuntamente no existe un lugar adecuado para ellos en la comunidad.

La magnitud de este problema ha cobrado gran relevancia desde que los Tribunales de Menores del área metropolitana de Auckland y algunos otros tribunales del país, comenzaron a mantener listas de niños atrapados en el sistema. Se trata de una iniciativa promovida por jueces con el objetivo de articular la situación de los jóvenes atrapados tanto en la justicia juvenil como en los sistemas de guarda y protección de menores, y abordar la grave disfunción que caracteriza al método con el que se los ha tratado previamente. Estas listas no son una solución a los problemas, son una forma de ponerlos en evidencia. Las soluciones se encuentran muy lejos del alcance del Tribunal de Menores y se deberían implementar mucho antes de que los niños ingresen al sistema judicial.

Desde que el Tribunal de Menores puso el foco en lo que les sucedía a los niños atrapados en el sistema, se tornó flagrantemente evidente por qué tienen el peor pronóstico de todos los jóvenes que comparecen ante el Tribunal de Menores y por qué se hace tan poco o nada en la actualidad para cambiar su trayectoria predestinada a delinquir en la adultez.

Este artículo comienza presentando quiénes son los niños atrapados en el sistema. Luego presenta una síntesis del contexto legal en Nueva Zelanda y una descripción de algunos de los problemas prácticos que condujeron a que se creen las listas de niños atrapados en el sistema. A continuación, incluye un informe de progreso hasta la fecha y panorama a futuro. Por ahora, lo que se presenta en este artículo es toda la información disponible sobre lo que les sucede a los jóvenes que comparecen ante el Tribunal de Menores y han participado de algún modo en procedimientos de Tribunales de Familia.

Niños atrapados en el sistema

El 73% de los clientes de justicia juvenil de OT también están involucrados en casos de guarda y protección. Estos son los jóvenes a los que nos referimos aquí como **niños atrapados en el sistema**. Han sido al menos sujeto de notificaciones a la agencia OT por asuntos de guarda y protección que se han investigado pero no necesariamente han avanzado hasta el punto de presentar solicitudes ante los Tribunales de Familia.

Condición dual es la forma de denominar a los niños que comparecen ante el Tribunal de Menores y también son sujetos a procedimientos de guarda y protección en el Tribunal de Familia (y por lo tanto, constituyen un subgrupo de niños atrapados en el sistema). Hera era una de las niñas atrapadas en el sistema en condición dual. Este grupo tiene el peor pronóstico de todos los grupos que comparecen ante el Tribunal de Menores: aproximadamente 9 de cada 10 pasan a cometer delitos en la adultez. El 83% de los menores presos en Nueva Zelanda de 17, 18 y 19 años tienen algún antecedente de guarda y protección a través de la agencia OT.

Esta población representa el mayor desafío para el Tribunal de Menores y todas las demás agencias y profesionales involucrados. Para la mayoría de ellos, los problemas que los llevan a comparecer ante el tribunal son prácticamente un resultado anticipado de la vida traumática de maltrato y abandono que sufrieron. La mayoría abusa de sustancias para aliviar el dolor que les causa su trauma. Además de esa experiencia de vida, la mayoría abandona la educación tempranamente y pasa sus días junto a otros jóvenes en situación similar. Muchos se incorporan a pandillas, lo que habitualmente los lleva a delinquir. Muchos abandonan la escuela

en forma temprana a causa de trastornos del aprendizaje y problemas de comportamiento que son consecuencia directa de una neurodiscapacidad, como por ejemplo, trastornos del espectro alcohólico fetal (TEAF), lesión traumática del cerebro, trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), autismo y una variedad de otros problemas de salud mental.

Como resultado de dichas discapacidades, este grupo se halla sobrerrepresentado en los casos en los que resulta dudosa la aptitud para ser sometido a juicio o se necesita asistencia para la comunicación. Pasan largos períodos de tiempo en prisión preventiva en residencias del sistema de justicia juvenil mientras estos complejos procesos avanzan con obstáculos en el sistema judicial. Algunos jóvenes son trasladados lejos de su hogar y familia para que el contacto sea limitado y para que resulte complicado desplazarse hacia allí. Es difícil para la residencia controlar sus comportamientos, de modo que estos jóvenes ya traumatizados normalmente terminan pasando tiempo en confinamiento solitario conocido como **régimen de seguridad**.

Como en el caso de Hera, habitualmente los jóvenes que cumplen prisión preventiva en una residencia son eventualmente absueltos por el Tribunal de Menores por tiempo cumplido y luego regresan a la comunidad de la que provienen, en donde no reciben apoyo alguno. Por lo tanto, la mayor parte no recibe el beneficio de una transición planificada al hogar, tampoco apoyo comunitario ni los programas integrales que necesitan. En lo relativo a la situación del hogar, tampoco se toman las medidas necesarias para abordar los problemas existentes, de modo que la decisión de que regresen a su hogar sea aceptable. De esta manera, al no tomar medidas para evitar que este abordaje falle, muchos de ellos vuelven a comparecer ante el tribunal poco después, enfrentando cargos más graves. Las condiciones de vida en su hogar sumadas a las discapacidades que muchos de ellos sufren, hacen que cumplir con los requerimientos del tribunal, por ejemplo, los requisitos para la libertad bajo fianza sea, en el mejor de los casos, difícil. Dado que no cumplen los requisitos y son reincidentes, quedan rápidamente atrapados en el sistema de justicia juvenil para luego pasar al sistema de justicia penal de adultos cuando cumplen los 17 años.

Una proporción alarmantemente alta de este grupo pertenece a comunidades maoríes y de las Islas del Pacífico.

La Ley

La Ley Oranga Tamariki de 1989 (la Ley) rige el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda así como la legislación que concierne a menores y jóvenes que necesitan guarda y protección. Las disposiciones de guarda y protección se establecen en la Parte 2 de la Ley y las disposiciones de justicia juvenil en la Parte 4, y existen claros signos de una conexión intencional entre estas dos partes.

Aproximadamente, el 80% de los jóvenes que delinquen no son imputados ni comparecen ante el Tribunal. En cambio, sus casos son abordados en la comunidad por una división especial de nuestra fuerza policial denominada asistencia juvenil, que implementa medidas alternativas. Del restante 20% que son imputados y comparecen ante el Tribunal, aproximadamente entre el 50% y el 75% provienen de entornos multiproblemáticos, con una gran cantidad de factores de riesgo relacionados con la delincuencia que se presentan a una edad temprana. En general, la razón por la que comparecen ante el Tribunal es que enfrentan cargos graves y/o son reincidentes, y presentan un rango complejo de problemas subyacentes a sus conductas delictivas que el tribunal debe abordar siempre que sea posible. Dicho grupo absorbe la mayor parte del tiempo del tribunal y de los recursos de todos los organismos involucrados. Una gran proporción de ellos son niños atrapados en el sistema.

Esencialmente, todas las decisiones importantes sobre asuntos regidos por la Ley, atraviesan el proceso de Conferencia de Grupo Familiar (el GC, por sus siglas en inglés). En virtud de las disposiciones de justicia juvenil, en este proceso se dirime si se debe imputar o no a un joven sospechoso de haber cometido un delito (pero que no ha sido arrestado) y se realizan recomendaciones acerca de cómo se deben abordar los casos de los jóvenes que deben comparecer ante el tribunal. En relación con lo antes dicho, existen principios generales y específicos de justicia juvenil que enfatizan la necesidad de involucrar y fortalecer al whānau, Hapū e Iwi en el proceso, la toma de decisiones y los resultados. Está claro que, a diferencia de los adultos, se deben observar y abordar los casos que involucran a jóvenes, siempre que sea posible, en el contexto de su propia familia y grupo familiar, que debe participar en la toma de decisiones sobre el joven.

Además de que los jóvenes se responsabilicen por el delito que cometieron y alentarlos a asumir la responsabilidad, el Tribunal de Menores debe garantizar que se reconozcan sus necesidades y se aborden las causas subyacentes a su conducta delictiva.

Se pone énfasis en el principio clave de oportunidad, que consiste en que las decisiones, dentro de lo posible, se tomen e implementen en un momento adecuado para la noción de tiempo del joven. Esto no solamente se incluye como principio general, sino que es un tema importante que atraviesa a todas las disposiciones de la justicia juvenil.

Son tareas importantes del tribunal (y del abogado defensor) explicarle al joven la naturaleza de los procedimientos de una manera y con un lenguaje que el joven pueda comprender, asegurarse de que el joven haya comprendido, y alentarlos y brindarles asistencia para que participe en los procedimientos. La magnitud del desafío que estas obligaciones particulares representan para el tribunal solo ha comenzado a observarse en los últimos tiempos debido a la creciente toma de conciencia sobre la prevalencia de neurodiscapacidades en los jóvenes que delinquen y el impacto que esta tiene sobre su capacidad de comprensión y sus habilidades de comunicación. Una vez más, una gran cantidad de los jóvenes que presentan necesidades significativas de este tipo son niños atrapados en el sistema.

Uno de los objetivos generales de la Ley es promover el bienestar de los niños, los jóvenes y sus familias y grupos familiares, fomentando y promoviendo la cooperación entre las organizaciones que brindan servicios para beneficio de los niños, los jóvenes y sus familias.

Estos requisitos establecidos por ley son reforzados por las obligaciones que tenemos en virtud de la CNUDN, que Nueva Zelanda ratificó en marzo de 1993, y las Reglas de Beijing; ambas destacan el derecho de los jóvenes al debido proceso, a no ser sometidos a detención previa al juicio excepto como último recurso, y en dichos casos, solo por el menor período de tiempo posible, y a que se resuelvan sus casos sin demora. Dada la sobrerrepresentación desmesurada de población maorí y jóvenes con neurodiscapacidades que comparecen ante el tribunal, también se deberían tener en cuenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, (la Declaración de los pueblos indígenas), ratificada por Nueva Zelanda en abril de 2010, y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, (la Convención para personas con discapacidad), ratificada por Nueva Zelanda el 30 de marzo de 2007. Nuevamente, una gran proporción de los jóvenes maoríes y los jóvenes con discapacidades que comparecen ante el tribunal son niños atrapados en el sistema.

No hay dudas acerca de que la Ley de 1989 es un instrumento visionario, pero muchas de sus características y disposiciones importantes se implementaron muy lentamente y algunas todavía no se han podido implementar. Dos ejemplos ilustrativos (en el contexto actual) son, en primer lugar, que las disposiciones relativas a la conexión entre las dos partes de la Ley no han funcionado adecuadamente en la práctica. En segundo lugar, no se han implementado aquellas disposiciones que establecen Servicios sociales del Iwi, o un servicio social cultural, para jóvenes que se encuentran bajo prisión preventiva. Dado que una de las mayores injusticias que la Ley intentaba abordar era la institucionalización de los jóvenes que delinquen, en su gran mayoría maoríes que con frecuencia se encuentran lejos de sus hogares y whanau, supongo que los autores de la Ley estarían profundamente desilusionados por lo que aún hoy sucede, especialmente con los niños atrapados en el sistema.

Es importante destacar que la Ley no es el problema. Los problemas, al menos para los niños atrapados en el sistema, consisten en lo que sucede, y lo que no sucede, en la práctica.

La práctica y los problemas

El modo en que el Tribunal de Menores ha funcionado durante la mayor parte de los 28 años que transcurrieron desde la sanción de la Ley no coincide con lo que la Ley describe. Hasta hace poco tiempo, el Tribunal de Menores funcionó de forma muy similar al tribunal penal de adultos. Sencillamente, se dividió el trabajo en dos categorías: %tribunales de listas+ en los que normalmente se atiende una gran cantidad de casos en orden azaroso con la misma cantidad de tiempo asignado (de diez a quince minutos como máximo); y tribunales de %audiencias con defensa+ para aquellos casos en los que se negaron los cargos. En tribunales como estos, los jóvenes con necesidades profundas y complejas, como los niños atrapados en el sistema, no reciben el cuidado y la atención que merecen o que la Ley prevé.

Cuando la Ley entró en vigor, a pesar de la clarísima conexión existente entre la justicia juvenil y las disposiciones de guarda y protección de la Ley, tanto el Ministerio de Justicia como la agencia OT organizaron sus sistemas de un modo en el que no había ninguna conexión en la práctica.

Por ejemplo, no había capacidad dentro del sistema judicial para compartir información entre el Tribunal de Menores y el Tribunal de Familia. Si un joven con una orden de guarda y protección del Tribunal de Familia entraba en contacto con el Tribunal de Menores, el Tribunal de Menores no podía identificar que el joven ya se encontraba en contacto con el Tribunal de Familia ni obtener

información alguna sobre dicho joven por parte del Tribunal de Familia a través de ningún canal oficial. Por lo tanto, los jóvenes con condición dual podían pasar por el Tribunal de Menores sin que nadie sepa allí sobre la orden de guarda y protección del Tribunal de Familia. Incluso, aunque lo supieran, a muchos de los actores clave del Tribunal de Menores no se les ocurría que la información con la que contaba el Tribunal de Familia podría tener alguna relevancia para el Tribunal de Menores. Sorprendentemente, había incluso personas que sostenían que no era apropiado compartir dicha información.

La disfunción se manifestaba en su peor versión en una ciudad grande como Auckland. A la mayoría de los jóvenes con condición dual se les habían asignado dos abogados, dos trabajadores sociales y dos planes distintos (uno para asuntos de guarda y protección, y el otro para asuntos de justicia juvenil) que, en algunas ocasiones, se contradecían entre sí. Esto se traducía en numerosas audiencias en distintos tribunales ante distintos jueces. En la práctica, en los tribunales de la ciudad, con frecuencia, un grupo ni se enteraba de la existencia del otro, y si lo hacían, en la mayor parte de los casos, no se comunicaban ni intercambiaban información entre sí.

Como resultado, no era para nada inusual que el Tribunal de Menores les otorgara libertad bajo fianza a los jóvenes para que residan en hogares de los que se los había retirado en virtud de órdenes de guarda y protección. Incluso hubo por lo menos un caso en el que se liberó a un joven bajo fianza para que viva con el padre contra el cual el Tribunal de Familia había dispuesto una orden de restricción prohibiendo el contacto.

En respuesta a esta situación, en 2007 se estableció un protocolo para compartir información entre el Tribunal de Menores y el Tribunal de Familia. El objetivo principal era que el Tribunal de Menores pueda identificar a los jóvenes con condición dual que comparecían ante el tribunal, obtener del Tribunal de Familia la información relevante y compartirla en forma adecuada con aquellas personas autorizadas a recibirla. Tener acceso a dicha información permitiría que el Tribunal de Menores desempeñe sus funciones en forma adecuada. En particular, ayudaría a:

- “ tomar decisiones sensatas relativas a la libertad bajo fianza;
- “ tomar decisiones informadas relativas a la obtención de evaluaciones forenses para identificar las necesidades del joven y las causas subyacentes a la conducta delictiva. En algunos casos, ya se cuenta con informes forenses en los archivos del Tribunal de Familia.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- “ decidir si aprobar o no un plan de FGC del Tribunal de Menores, verificar que no contradiga los planes establecidos por el Tribunal de Familia y sincronizar la revisión del plan del Tribunal de Familia para que coincida con la finalización del plan del Tribunal de Menores o la finalización de las órdenes del Tribunal de Menores, ya que esto permitiría que la participación del Tribunal de Menores concluya teniendo el conocimiento de que en el Tribunal de Familia se abordarían las necesidades terapéuticas y de bienestar del menor;
- “ dictar mejores sentencias (dado, por ejemplo, que algunos de los factores que el tribunal debe tener en cuenta en la sentencia es la historia personal, las circunstancias sociales y las características personales del joven).

La OT también creó en la práctica una completa separación entre las divisiones de justicia juvenil y la de guarda y protección sin mecanismos de coordinación o trabajo conjunto. Por lo tanto, los menores y jóvenes tienen dos trabajadores sociales distintos, uno para cada asunto, que no necesariamente se comunican entre sí sobre lo que sucede en el caso del joven y definitivamente, al menos en los últimos años, no trabajan en forma cooperativa entre ellos.

Una de las muchas consecuencias de dicha separación fue que cuando un joven bajo condición de guarda y protección ingresaba al Tribunal de Menores esto se consideraba una señal de que el proceso de guarda y protección finalizaba, de modo que la OT se apartaba para permitir que actúe el Tribunal de Menores. Muchos abogados que actuaban en defensa de dichos jóvenes ante el Tribunal de Familia también tomaron esa actitud. Se tornó una práctica generalizada que los trabajadores sociales del Tribunal de Familia recomendaran que los procedimientos de guarda y protección concluyeran y las órdenes se dieran de alta porque el joven debía comparecer ante el Tribunal de Menores y, además, el abogado del joven apoyara ese resultado. Hubo muchas consecuencias como resultado de estas prácticas y actitudes absurdas. Dos ejemplos frecuentes son los siguientes:

“ En casos en los que la participación del Tribunal de Menores continuaba, hubo oportunidades en las que el plan del Tribunal de Familia no abordaba las necesidades terapéuticas o de bienestar porque consideraba que el Tribunal de Menores lo estaba haciendo, mientras que el Tribunal de Menores no hacía nada porque consideraba que el Tribunal de Familia lo estaba haciendo.

“ En casos en los que la participación del Tribunal de Familia finalizaba cuando el joven

comparecía ante el Tribunal de Menores, se ejercía presión sobre el Tribunal de Menores para que los procesos se prolonguen durante más tiempo que el correspondiente para tratar los asuntos relativos al bienestar del menor. En lugar de que los planes del Tribunal de Menores tuvieran un plazo limitado y terminasen poco tiempo después de abordarse los temas relativos a la responsabilidad y a la víctima, el proceso continuaba para abordar varias necesidades terapéuticas. Esta era otra de las prácticas inadecuadas que la Ley pretendía superar.

En un intento por mejorar la forma en que se trataban los casos de niños y jóvenes con condición dual y, al menos, intentar mitigar esta clase de problemas, se fueron estableciendo progresivamente las listas de niños atrapados en el sistema en todos los Tribunales de Menores del área metropolitana a partir del año 2011.

Listas de niños atrapados en el sistema

Desde el inicio, dichas listas se limitaron enfática y enteramente a permitir que se comparta la información pertinente y que se coordinen las acciones en los casos de niños y jóvenes con condición dual. Contar con listas de niños atrapados en el sistema tenía como objetivo identificar estos casos en forma temprana, dedicarles un espacio propio, dedicar tiempo suficiente para resolverlos y establecer un enfoque coherente entre los distintos tribunales involucrados. En estos casos, preside un juez del Tribunal de Menores que también tiene una orden del Tribunal de Familia. Uno de los objetivos principales es garantizar que la participación del Tribunal de Menores finalice más pronto (poco después de que se aborden los asuntos relativos a la responsabilidad y la víctima) y que pueda haber certeza de que eso ocurra si los asuntos de bienestar y las necesidades del niño están siendo debidamente abordados y controlados por el Tribunal de Familia bajo el plan de guarda y protección.

Sin embargo, hubo una fuerte oposición por parte de algunos sectores. En 2012, algún directivo de OT se refirió a las listas de niños atrapados en el sistema como %etroceder en el tiempo hasta antes de 1989, cuando los jóvenes comparecían ante el tribunal por asuntos de justicia que luego quedaban opacados por todos los otros asuntos no vinculados al delito, que se convertían en el foco y acaparaban el caso+. El reclamo consistía en que presentar ante el Tribunal de Menores los problemas de guarda y protección sería %bienestarizar+ el sistema. Por supuesto, la otra cara de la moneda es %criminalizar+ los problemas de guarda y protección, y usar las facultades e instalaciones de la justicia juvenil para abordarlos, tal como sucede actualmente. Ambos abordajes son incorrectos y debemos trabajar para evitarlos.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Las listas de niños atrapados en el sistema lograron un equilibrio adecuado al respecto y han sido efectivas para superar muchas de las disfunciones a las que nos referimos anteriormente. También dieron efecto práctico al protocolo para que se comparta información de las maneras en que mencioné anteriormente, por ej., colaborar con las evaluaciones forenses, sincronizar lo que sucede en relación con el joven tanto en el Tribunal de Menores como en el Tribunal de Familia y contar con la información necesaria para tomar decisiones en el Tribunal de Menores.

Pero la importancia de tener acceso a dicha información es mucho más profunda. Los expedientes del Tribunal de Familia usualmente están cubiertos de banderas rojas que señalan asuntos que se le deben notificar al Tribunal de Menores. En primer lugar, cabe destacar la importancia de reconocer el impacto que el trauma tiene sobre el comportamiento. Esta información también es relevante en cuanto a si se presentan problemas de aptitud para ser sometido a juicio o si se requiere asistencia para la comunicación u otro tipo de apoyo para que el joven pueda participar de forma adecuada en los procedimientos. Sin acceso a dicha información, las necesidades del joven y las causas subyacentes a la conducta delictiva continúan sin ser identificadas y, por lo tanto, no son abordadas o son mal diagnosticadas y mal abordadas. Esto no solo es totalmente insatisfactorio para el joven sino también para la comunidad, en tanto estos errores pueden implicar que no se identifiquen y aborden adecuadamente los riesgos de reincidencia.

Para que se comparta la información relevante y se coordinen los procedimientos debe existir una sala de audiencias que se adecue a los requisitos que figuran en la Ley, lo cual está empezando a suceder en forma cada vez más sistemática. En esta sala de audiencias se trabaja en colaboración entre los profesionales y los organismos que participan al estar todos representados en la sala del tribunal y trabajando en equipo de forma no confrontativa y coordinada. Los objetivos son que los actores involucrados puedan ser escuchados de manera significativa, que haya tiempo para que los jueces y abogados les expliquen a los jóvenes lo que está sucediendo y promuevan su participación de una manera y con un lenguaje que puedan comprender, que se identifiquen adecuadamente las necesidades y causas subyacentes y se realicen las evaluaciones necesarias, que se disponga del tiempo necesario para garantizar que lo que está sucediendo en ambas

jurisdicciones se coordine adecuadamente, que se involucre a la whanau de los jóvenes en la toma de decisiones de forma oportuna y se fortalezca el vínculo de los jóvenes con la whanau, el hapu y el Iwi.

Si bien las listas de niños atrapados en el sistema han comenzado a eliminar la disfunción, lo que se ha puesto fuertemente en el foco de atención es la situación que viven comúnmente muchos niños atrapados en el sistema que comparecen ante el Tribunal de Menores, como Hera, pero con frecuencia no hay ninguna medida constructiva que el tribunal pueda tomar hasta que se asigne un lugar de residencia al joven. Dado que la asignación de residencia es un asunto de guarda y protección, no ha habido una instancia previa en la que se hayan podido debatir las opciones y abordar el progreso en la búsqueda de un lugar de residencia adecuado. Aunque ahora sí contamos con una instancia de dicha naturaleza (las listas de niños atrapados en el sistema) con frecuencia no existen opciones de residencia adecuadas y el desenlace predeterminado es que el joven termine en una residencia del sistema de justicia juvenil. En cuanto a la búsqueda de una solución a este problema, sería ideal que pueda explotarse el potencial no aprovechado de la ley en relación con la asignación de los jóvenes a los servicios sociales del Iwi, o a un servicio social cultural adecuado, y que se pueda encontrar una residencia comunitaria adecuada, cercana al lugar de origen del joven.

Panorama a futuro

Lo que he descrito es la situación actual con respecto a la conexión entre los procesos simultáneos que involucran a jóvenes en el Tribunal de Menores y el Tribunal de Familia en Auckland, Nueva Zelanda. Si dispusiéramos de más tiempo y recursos sería lógico adoptar este enfoque con todos los niños atrapados en el sistema, no solo con los niños bajo condición dual. En función del conocimiento adquirido sobre el impacto que puede tener la exposición a la violencia doméstica y a los conflictos parentales sobre el comportamiento de los jóvenes, podemos argumentar sólidamente que también debería estar disponible la información relevante sobre los jóvenes que figura en los expedientes de los procedimientos del Tribunal de Familia en virtud de la Ley de Violencia Doméstica de 1995 y la Ley de Cuidado de Menores de 2004. Pero esto no sucede... todavía.

District Judge Tony Fitzgerald* se sienta en los Tribunales de Familia y Juventud en Nueva Zelanda..

Niños bajo cuidados alternativos en el sistema de justicia penal—la perspectiva de un trabajador social de los servicios de protección infantil Owen Lawton



Trabajo con familias de un municipio de Londres para asegurarme de que sus niños estén seguros y no sufran ningún daño significativo. Tengo una obligación legal hacia los niños y las familias que atiendo: hacer lo que sea necesario para garantizar que estos niños estén seguros y libres de potenciales daños. No obstante, hay casos en los que estos niños pasan a estar bajo cuidados alternativos porque han sufrido, y es probable que continúen sufriendo, daños persistentes en forma de maltrato o abandono. En 2016-2017, hubo 55.910 niños bajo cuidados alternativos en el Reino Unido por órdenes judiciales o por órdenes de asignación a cuidados alternativos¹. Esto significa que los Tribunales de Familia dispusieron la estabilidad y permanencia a largo plazo de todos esos niños aplicando el artículo 31 de la Ley de niños (1989), que permite que el estado comparta la responsabilidad parental sobre los niños y, en última instancia, tome decisiones en su nombre². Básicamente, la decisión de que estos niños pasen a estar bajo cuidados alternativos fue tomada por un juez, se examinó la evidencia en el tribunal y se determinó que la mejor manera de proteger el bienestar de esos niños era separarlos de sus familias biológicas.

Es ampliamente sabido que los resultados a largo plazo de los niños que estuvieron bajo cuidados alternativos a causa de maltrato o abandono son significativamente más negativos que los de los niños que no estuvieron bajo cuidados alternativos. Uno de dichos resultados es la probabilidad de involucrarse en actividades delictivas e ingresar al sistema de justicia penal. Los niños que se encuentran bajo la tutela de una Autoridad Local tienen una representación mucho mayor que los demás niños en el sistema de justicia penal. Solo el 1% de la población general de niños de Inglaterra se encuentra bajo cuidados alternativos, y sin embargo el 37% de los niños que se encuentran en instituciones para jóvenes que delinquen y el 39% de los niños que se encuentran en centros educativos cerrados han estado bajo cuidados alternativos³. El 61% de las niñas de 15 a 18 años han estado bajo cuidados alternativos en algún momento de su vida, y las cifras de población carcelaria adulta a largo plazo muestran que una gran proporción de los prisioneros estuvieron bajo cuidados alternativos durante la infancia, más del 25%.

Las cifras demuestran que los niños cuya permanencia y estabilidad es, o fue, examinada por un tribunal de familia y por esta razón son colocados bajo cuidados alternativos también tendrán una probabilidad considerablemente mayor de ingresar al sistema de justicia penal durante la infancia. ¿Por qué hay tantos niños que fueron separados de sus padres que terminan ingresando al sistema de justicia penal? ¿Por qué tantos jóvenes se vuelcan a actividades y conductas que requieren la intervención de los servicios especializados en delincuencia juvenil? ¿Cuáles son las experiencias de estos niños en relación con la justicia, sea en los tribunales de familia o en los tribunales penales? La revisión independiente de Prison Reform Trust realizada por Lord Laming en 2015 examina estos desenlaces y explora los problemas relacionados.

¹ Prison Reform Trust. In Care, Out of Trouble: How the life chances of children in care can be transformed by protecting them from unnecessary involvement in the criminal justice system, 2017, p. 2. Disponible en: <http://www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/Documents/Care%20review%20impact%20report%20Jan%202017%20UPDATE%20FINAL.pdf>

² Ley de niños de 1989, Londres: HMSO

³ The Care Leavers Association. Care Leavers, Looked After Children and the Criminal Justice System. Disponible en: https://www.clinks.org/sites/default/files/the_care_leavers_association_practice_guidance_for_criminal_justice_practitioners.pdf

Hay ciertas características particulares de las recomendaciones de ese trabajo que me resuenan; concretamente, aquellas que se refieren a una mejor comunicación profesional entre los servicios de protección infantil y los organismos de justicia penal: responder a las necesidades particulares de los niños bajo cuidados alternativos y los niños de grupos minoritarios, y asegurarse de que los niños bajo cuidados alternativos sean tratados en forma justa y reciban el apoyo que necesitan.

Como trabajador social de niños, tengo amplia y variada experiencia trabajando con niños que se encuentran bajo la tutela de una Autoridad Local y que también han ingresado al sistema de justicia penal. Mi tarea es ser el "padre corporativo" de estos niños. Independientemente de los antecedentes de los niños y de las circunstancias por las cuales se encuentran bajo cuidados alternativos, yo y, más en general, la Autoridad Local nos convertimos en los tutores legales de estos niños. Nuestra tarea es cuidar de estos niños como lo harían sus padres. Lo que hago es encargarme de los cuidados básicos del niño: alojamiento, atención, alimentación, vestimenta y educación. También tengo la tarea de asegurarme de que durante el tránsito del niño hacia la madurez, su bienestar y desarrollo se encuentren lo más fomentados, resguardados y protegidos que sea posible. Mi obligación es proporcionarle al niño lo que sus padres biológicos no pudieron proporcionarle, y esto se decide sobre la base de lo que se expone, escucha y delibera en el tribunal.

El trayecto de la vida de un niño se decide en una serie de audiencias judiciales, evaluaciones e informes. El rumbo de los niños muy pequeños puede ser la adopción; muchos otros niños pequeños pasan a estar bajo cuidados alternativos, y sus memorias, historias y concepciones se ven radicalmente afectadas. Algunos de estos niños no tienen ningún contacto posterior con sus familias biológicas o ni siquiera las recuerdan. No obstante, muchos niños mayores conservan memorias, relatos y concepciones relacionadas con su familia biológica. Son apartados de sus padres que los aman, y enfrentan presiones sin precedentes para amoldarse, para cambiar, para aceptar la diferencia en sus nuevos mundos. En definitiva, las decisiones que producen estos efectos se toman en pos del interés superior del niño, ya que continuar en el entorno familiar implicaría que continúe sufriendo. Las estadísticas demuestran que muchos de estos niños mayores terminan ingresando en el sistema de justicia penal, recibiendo órdenes judiciales para jóvenes que delinquen o siendo sentenciados a períodos de reclusión en institutos para jóvenes que delinquen o centros educativos cerrados. Otro ámbito legal

donde se toman decisiones sobre el bienestar de los niños, el lugar donde vivirán, qué pueden hacer y quién es responsable en última instancia por ellos.

Pero es importante observar cómo son representados e involucrados estos niños en los procesos judiciales, y cuáles son las perspectivas, experiencias y opiniones de estos niños. Trabajo en una sociedad que busca reducir la cantidad de niños bajo cuidados alternativos y también la cantidad de niños involucrados en el sistema de justicia penal. Como trabajador social de niños, he trabajado con los niños más vulnerables de nuestra sociedad; niños que han sido víctimas de situaciones de maltrato y abandono que exceden la experiencia de la gran mayoría de las personas. No obstante, debo decir que la mayor parte de los niños bajo cuidados alternativos con los que he trabajado no han terminado involucrados en el sistema de justicia penal.

La teoría del trabajo social se basa en la justicia social, en la capacidad de aplicar y promover los derechos sociales, la justicia y el bienestar en la sociedad. Es fundamental ejercer la profesión en forma antidiscriminatoria y antiopresiva. Una forma que tengo de hacer esto, aprendida a través de mi formación y mi desarrollo continuo, es la capacidad de reflexividad y reflexión. No alcanza solamente con conocer la legislación, las políticas y los procedimientos en forma aislada. Es esencial hacer un esfuerzo de reflexión continua sobre la práctica profesional cotidiana. Reflexionar sobre mis experiencias específicas hace que aprenda, me adapte y oriente mi práctica cotidiana, me hace ser reflexivo. A continuación compartiré dos ejemplos de casos de niños reales con los que trabajé, ambos involucrados en procesos del tribunal de familia y el sistema de justicia penal, y reflexionaré sobre temas que se presentaron en dichos casos y su relación con las recomendaciones del trabajo de Prison Reform Trust al que me referí anteriormente. Para preservar sus identidades, he modificado los nombres de los niños, sus circunstancias específicas y sus características personales.

El primer caso que relataré es el de Ben, un niño de 14 años que había sido separado de sus padres y se encontraba bajo cuidados de acogida de la Autoridad Local hasta los 18 años. La razón era que había sido víctima de maltrato y abandono debido a consumo de sustancias por parte de sus padres y violencia doméstica. Había tenido una infancia caótica, con falta de límites, rutina o seguridad. Su transición hacia la tutela de la Autoridad Local fue difícil. Él no deseaba ser separado de su familia, y a menudo expresaba su enojo por no poder afectar el curso de los procesos del tribunal de familia. A pesar de que se le asignó un tutor de menores para que lo

represente manifestando sus deseos, perspectivas y opiniones, a menudo decía que estaba enojado y disgustado y que no se sentía escuchado. Era intensamente leal hacia su familia, y al igual que muchos niños jóvenes con los que trabajo, desconfiaba de mí. Me dijo explícitamente que le habían dicho que no hablara conmigo porque los trabajadores sociales eran malos. Antes de estar bajo la tutela de la Autoridad Local, Ben no tenía antecedentes delictivos. Durante su difícil transición hacia la tutela de la Autoridad Local, comenzó a involucrarse en actividades delictivas menores que rápidamente fueron aumentando en gravedad. Luego enfrentó audiencias judiciales y órdenes judiciales para jóvenes que delinquen, que exigían cierto trabajo, sesiones educativas (por ejemplo, sobre consumo de sustancias, violencia) e imponían restricciones.

Como su padre corporativo, etiqueta que según decía a menudo era lo que más le daba, me sentía muy frustrado e incapaz de protegerlo de estas actividades. Como su tutor legal, era mi responsabilidad asegurarme de que se abstuviera de delinquir y, en cambio, tomara mejores decisiones. Como su trabajador social, a menudo trabajaba intensamente con los oficiales de policía, oficiales de delincuencia juvenil, procuradores y otros profesionales involucrados en su conducta delictiva. En ese marco, escuchaba con frecuencia comentarios peyorativos sobre él, juicios sobre sus conductas y opiniones anticuadas que en general sugerían que Ben tenía que aprender. En casi todos los casos, yo tenía la responsabilidad, como su padre corporativo de asegurarme de que no cometiera más delitos, tal como lo haría un padre biológico. En muchas ocasiones noté que las conversaciones con estos profesionales sobre los cuidados previos de Ben en el seno de su familia biológica eran olvidadas o incluso pasadas por alto. La etiqueta bajo cuidados alternativos implicaba que algunas personas lo juzgaran o estereotiparan instantáneamente. Algunas de estas personas buscaban específicamente discriminarlo de sus cómplices en algunos casos, diferenciando a los niños bajo cuidados alternativos de los otros niños. Mis intentos de explicarles a los demás cómo se había visto afectado Ben por sus experiencias de atención temprana fueron infructuosos. Con respecto a las recomendaciones de Prison Reform Trust, me remito a la recomendación de comprender las necesidades particulares de los niños bajo cuidados alternativos en este caso. En general sentí que las necesidades particulares de Ben no eran comprendidas; era necesario tener un abordaje particular y no sentencioso para trabajar con él, uno que reconociera su concepción de los límites. Las opciones disponibles para él eran difusas debido al abandono y maltrato que había

sufrido en su temprana infancia. Recuerdo que en una reunión de profesionales orientada a garantizar su seguridad y bienestar, interrumpí específicamente a un policía que sentí que estaba siendo prejuicioso, diciendo no olvidemos lo que experimentó este niño en su temprana infancia. No solo descubrí que sus experiencias tempranas importaban poco en un proceso judicial penal estandarizado, sino también que su estatus de niño bajo cuidados alternativos implicaba que muchos profesionales presumieran en forma acrítica y prejuiciosa cuál sería probablemente su rumbo: continuar delinquir. Eventualmente, fue privado de su libertad.

También trabajé con Leon, un niño de 17 años que había sido acusado de un delito violento grave y estaba a la espera de juicio cuando comencé a trabajar con él. Leon era elocuente, ambicioso e inteligente. Se encontraba bajo cuidados alternativos de su tía, y había tenido una infancia caótica y carente de supervisión. Leon fue criado en una familia monoparental, ya que su padre murió cuando era muy pequeño, y después de eso vivió en un entorno de abandono mientras su madre luchaba con problemas de salud físicos y mentales. Leon desconfiaba de las figuras de autoridad; él era de etnia mixta, y a menudo manifestaba que su etnia por sí sola lo convertía en un blanco para la autoridad. Nuevamente, fui designado padre corporativo de Leon, responsable de garantizar su seguridad y bienestar. No obstante, según las propias palabras de Leon, él me veía como una figura de autoridad, alineada con las demás figuras de autoridad que habían generado la situación en la que él se encontraba, a la espera de juicio por un presunto delito violento, y víctima de persecución y prejuicio debido a su etnia. Pasé mucho tiempo y realicé muchos intentos para demostrarle a Leon que mi objetivo era promover su interés superior, y traté de demostrarle que trabajaba de la forma menos opresiva y discriminatoria posible.

Posteriormente, Leon fue condenado por el presunto delito violento y enviado a una institución de reclusión para jóvenes que delinquen. Leon muchas veces me decía que sentía que no tenía ninguna opción o ningún control en el ámbito judicial, que ya había sido declarado culpable antes del juicio, y que debido a su etnia, no importaba lo que hiciera, porque nada sería suficiente para probar su inocencia. Se sentía desvalido, y sentía que no tendría futuro después de la prisión. Con respecto a las recomendaciones de Prison Reform Trust, me remito a la necesidad de garantizar que los niños sean tratados en forma justa y respetuosa, y como Leon pertenecía a un grupo minoritario, había sufrido discriminación.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Como su trabajador social, me sentí incapaz de abordar las experiencias de racismo estructural de Leon y discriminación directa de los organismos de justicia penal, y nuevamente sentí que sus experiencias de la infancia temprana no estaban siendo tomadas en cuenta al determinar las repercusiones de los delitos que se le imputaban.

Mi perspectiva como trabajador social de niños es obviamente más relevante en el ámbito del tribunal de familia. Mi profesión incide directamente en la vida de los niños que atiendo y afecta el rumbo de los cuidados que recibirán en el futuro, ya sea dentro de sus propias familias o bajo la tutela de una Autoridad Local. Me pregunto cómo puedo lograr que mi trabajo con los niños que se encuentran en contacto con el sistema de justicia penal sea eficaz. Y me veo a mí mismo como un pequeño engranaje en la gran maquinaria que genera las estadísticas que mencioné anteriormente, que demuestran que los niños que reciben cuidados alternativos tienen considerablemente más probabilidades de comparecer frente a un tribunal de justicia penal.

Creo que el funcionamiento de mi pequeño engranaje puede afectar al siguiente eslabón y, a la larga, puede afectar a todo el sistema que busca apoyar de la mejor manera a estos niños bajo cuidados alternativos en el sistema de justicia penal. Sería ingenuo creer que ningún niño, independientemente de estar bajo cuidados alternativos, tendrá contacto con el sistema de justicia penal, pero como se identificó en la revisión de Prison Reform Trust, hay mucho trabajo por hacer por parte de los profesionales para mejorar la situación. En mi opinión, si los profesionales de justicia penal tuvieran mayor comprensión de las experiencias previas del niño, incluidos el maltrato y abandono, se podría hacer mucho más para involucrar a los niños en forma eficaz, tratarlos con respeto y permitirles participar en los procesos.

Owen Lawton, trabajador social de niños y terapeuta familiar sistémico. Trabaja en un municipio de Londres para una Autoridad Local proporcionando servicios para niños que experimentan daños significativos en forma de maltrato y abandono. Ha trabajado con niños que estaban bajo cuidados alternativos e involucrados en el sistema de justicia penal.



Nelson Mandela era conocido en Sudáfrica por su pasión por los niños y su deseo de garantizarles una mejor vida. Durante su mandato, él junto con sus Ministros de Gabinete, comenzaron un proceso de reforma legislativa para proporcionar un marco legal que ampliara los servicios de guarda y protección a todos los niños de Sudáfrica, incluidos aquellos que se encontraban en conflicto con la ley.

El proceso comenzó con la formación de tres comités de expertos que se encontraban bajo la égida de la Comisión de Reforma Legislativa de Sudáfrica, uno trataba la reforma de la legislación relativa a guarda y protección de niños, otro trataba la reforma de la legislación relativa a menores en conflicto con la ley y el tercero trataba la reforma de la legislación relativa a delitos sexuales en los que los niños era perpetradores o víctimas. Los miembros de los Comités eran expertos en estas áreas de trabajo con niños. Cada comité era asistido por investigadores, ya que existía la necesidad de garantizar que el desarrollo de la legislación y las políticas se basaran en la evidencia y se adecuen a las necesidades de los niños y familias en una sociedad fracturada por las políticas del apartheid

y por los años de conflicto y violencia civil que precedieron el cambio de gobierno del apartheid al sistema democrático.

Se debe destacar que durante dicha década Sudáfrica estaba comenzando a luchar con la aparición de la pandemia de VIH y SIDA, y la falta de disponibilidad de antirretrovirales estaba produciendo altos niveles de orfandad . Esto creó una enorme presión sobre el sistema de guarda y protección de menores. A esto se sumaba el nivel de pobreza del país: más del 50% de los niños vivían en condiciones de pobreza .

Estos tres comités mantenían reuniones regulares, ya que en ese momento sabíamos que muchos niños estarían sujetos a las disposiciones de más de una ley al mismo tiempo. En este punto del proceso de reforma legislativa, los comités debatían la dirección que sus propuestas de reformas de ley estaban tomando y buscaban garantizar que, en la medida de lo posible, las disposiciones de la ley posibilitaran la coordinación de los procesos legales previstos en la legislación.

Los tres comités elaboraron proyectos de ley individuales que luego fueron enviados al Ministerio de Gobierno que sería responsable de darle la forma final a la legislación, presentarla ante el Parlamento y, por último, implementarla.

Quizás en el punto en el que fuimos ingenuamente optimistas (o debería decir %ii+) fue en creer que los proyectos de ley serían aceptados con solo algunos cambios menores por parte de los Ministerios responsables de su finalización e implementación. Los Ministerios hicieron cambios radicales a los tres proyectos de ley, y eliminaron muchas disposiciones que se consideraban importantes y que proporcionaban asistencia para la implementación y coordinación de los procesos legales que afectan la vida de los niños. Afortunadamente, nuestro sistema parlamentario requiere audiencias públicas para la aprobación de proyectos de ley, de modo que se realizaron alegatos coordinados ante los comités parlamentarios ministeriales para intentar recuperar las disposiciones que se habían eliminado o atenuado. Se conformaron tres fuertes grupos de defensa alrededor de cada proyecto de ley, el Grupo de Trabajo para el Proyecto de Ley de Niños, la Alianza de Justicia Infantil y el Grupo de Trabajo sobre Delitos Sexuales.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El desconocimiento de los legisladores sobre las necesidades de los niños fue muy evidente cuando los activistas y expertos en derechos del niño comenzaron a presentar alegatos ante el Parlamento para promover un mejor resultado para los niños. Muchos de nuestros nuevos parlamentarios tienen antecedentes en la lucha por la democracia y fueron merecidamente héroes. Pero el apartheid separó familias, especialmente a los hombres de sus familias e hijos, y los parlamentarios que habían sufrido el apartheid en persona no siempre comprendían bien las necesidades de los niños.

El resultado final fue la aprobación de tres leyes:

- la Ley de Niños, que aborda muy ampliamente la guarda y protección de niños desde una perspectiva de los derechos del niño. Las disposiciones de la Ley abordan la protección infantil, incluida la prevención, intervención temprana, respuesta, rehabilitación y reintegración. Esta Ley es implementada por el Departamento de Desarrollo Social.
- la Ley de Justicia de Menores, que aborda los casos de menores en conflicto con la ley y dispone mecanismos alternativos para alejar a los niños del sistema de justicia penal e involucrarlos en programas alternativos para los menores que se responsabilizan por su conducta, con el fin de facilitar el cambio de comportamiento. También incluye disposiciones que prevén órdenes para asegurarse de que los padres y cuidadores apoyen los esfuerzos del niño dirigidos a cambiar su comportamiento. Esta Ley es implementada por el Departamento de Justicia y Servicios Correccionales.
- la Enmienda de la Ley Penal (delitos sexuales y asuntos relacionados), que comprende un capítulo sobre delitos sexuales contra menores (entre otras disposiciones) y establece medidas de protección para niños que comparecen ante el tribunal como testigos de su propio abuso sexual. Esta Ley es implementada por el Departamento de Justicia y Servicios Correccionales.

La implementación de la legislación por parte de dos departamentos gubernamentales distintos con funciones distintas pero superpuestas les presentó automáticamente a los profesionales del área desafíos relativos a la integración y coordinación de las experiencias de los niños en dos ámbitos judiciales diferentes. Por ejemplo, la definición de "interés superior del niño" entre los dos departamentos gubernamentales requería consulta continua sobre lo que esto significaba en la práctica para los encargados de tomar

decisiones en el Tribunal de Menores y el Tribunal de Justicia de Menores .

La Ley de Niños y la Ley de Justicia de Menores establecen tribunales específicos para los niños, cada uno con sus funciones y procedimientos particulares. Ambas leyes enfatizan la necesidad de que el ambiente esté adaptado a los niños y promueven la participación de los niños. El proceso del tribunal de justicia de menores es importante porque es responsable de las indagaciones preliminares+ cuyas funciones son promover que el niño participe, preguntarle al niño si reconoce su comportamiento y, si lo hace, si tiene edad suficiente para que se le adjudique responsabilidad penal , el Tribunal podrá decidir si el menor es candidato adecuado para un programa alternativo. Si el menor no tiene edad suficiente para que se le adjudique responsabilidad penal , un funcionario de libertad condicional, cuya responsabilidad es remitir al niño a un programa diseñado específicamente para su grupo etario para ayudar al menor a modificar su conducta, realiza una evaluación del menor.

En todos los casos de niños involucrados en procedimientos judiciales se realizan esfuerzos para incluir a los padres o cuidadores del menor y fomentar que le brinden orientación y apoyo al niño. Todos los niños que ingresan al sistema de justicia de menores tienen que ser vistos y evaluados por un funcionario de libertad condicional que presenta un informe al tribunal de justicia de menores con recomendaciones para la indagación preliminar. Todos los menores que entran en contacto con el sistema de justicia de menores o están involucrados en un proceso de guarda y protección tienen derecho a representación legal.

En cualquier etapa de los procedimientos de justicia de menores, el funcionario a cargo puede remitir al niño al Tribunal de Menores si considera que el niño necesita servicios de guarda y protección. Esto no significa que el proceso de justicia de menores finaliza o queda suspendido, ya que ambos procesos pueden tramitar de forma simultánea. A menudo los niños que viven bajo circunstancias contrarias a su bienestar llegan al sistema de justicia de menores primero como niños en conflicto con la ley, y cuando este sistema descubre las circunstancias del niño, realiza una remisión al Tribunal de Menores para que aborde la necesidad de guarda y protección del niño.

Tanto la Ley de Justicia de Menores como la Ley de Niños contemplan la remoción del menor de su hogar y su asignación a una institución, ya sea un establecimiento de seguridad cerrado o una residencia abierta de menores, como medida de último recurso y exigen que se busquen y evalúen otras opciones.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Para describir el funcionamiento del sistema, relataré un caso en el que estuve involucrado personalmente. Bandile era una niña de 13 años cuyo abogado me remitió su caso para que realice una evaluación. Bandile había atacado a su hermana menor de 2 años y la niña había muerto. Por lo tanto, se acusó a Bandile de asesinato. Su representante legal, un abogado experimentado, había recabado una considerable cantidad de información acerca de las circunstancias y la situación en la que Bandile había cometido el delito. Junto con la derivación, me proporcionaba esta información.

Bandile vivía en un hogar violento, su madre era alcohólica. Desde temprana edad, Bandile había tenido que cuidar a sus 2 hermanos más pequeños, limpiar la casa, cocinar, bañar a la bebé de 2 años, y prepararse tanto ella como a sus hermanos menores para ir a la escuela. Su madre tenía varias parejas sexuales, algunos de ellos abusaron sexualmente de Bandile, con el conocimiento de la madre. La madre de Bandile la golpeaba con frecuencia, porque en sus ataques de borrachera consideraba que no estaba haciendo todas sus "areas". Las golpizas eran usualmente muy severas. Los vecinos estaban al tanto del comportamiento de la madre, así como la maestra de Bandile, y a pesar de las leyes que exigen la denuncia de estos casos, nunca denunciaron el caso de la niña a las organizaciones de protección de menores. El ataque y asesinato de Bandile a su hermana menor ocurrió una mañana luego de que Bandile fuera salvajemente golpeada por su madre, quien luego abandonó la casa para ir al shabbeen local para continuar bebiendo, dejando a Bandile a cargo de bañar y cuidar a su hermana menor, que esa mañana estaba de mal humor y difícil de manejar.

Inicialmente Bandile fue arrestada y detenida en una celda policial y luego fue transferida a un establecimiento gubernamental de seguridad y detención. Se investigaron de forma detallada los antecedentes y las circunstancias del hogar en el que vivía la menor, las circunstancias que rodearon el delito y el estado mental de la niña. Dicha información fue valiosa para ambos sistemas judiciales y compartir la información les permitió a ambos ahorrar tiempo, además de evitar exponer a Bandile a múltiples evaluaciones.

Con el apoyo de su abogado, Bandile se declaró culpable del crimen y fue sentenciada a una pena correccional comunitaria, una forma de arresto domiciliario, con una serie de condiciones que incluían una restricción de la libertad de Bandile, el requisito de asistir a la escuela y a terapia. La sentencia también incluía servicio comunitario, ya que para el momento en que finalizó el caso, Bandile había cumplido 14 años, edad en la que el servicio comunitario puede formar parte de la

sentencia del menor. Inmediatamente después de que se dictara la sentencia, se realizó un proceso de guarda y protección del Tribunal de Menores y se ubicó a Bandile en un centro de cuidado de menores y jóvenes que aceptó acogerla, también bajo ciertas condiciones. El personal del centro de cuidados se comprometió a asegurar que Bandile cumpliera todas las condiciones de su sentencia. El Tribunal de Justicia de Menores aceptó la decisión relativa a la ubicación de la niña.

Esto fue un ejemplo de cooperación y coordinación de dos procesos legales que tienen lugar en dos tribunales especializados distintos. Bandile tuvo suerte, ya que se le asignó un abogado con conocimiento especial y experiencia práctica en la protección de los derechos del niño en la causa penal, para quien Bandile no representaba simplemente un "caso" sino una niña dañada por años de maltrato, abuso y falta de cuidado parental.

Mi experiencia con los niños, habiendo trabajado en el campo de la protección de menores por aproximadamente 30 años, ha sido que muchos niños están involucrados en múltiples procesos judiciales pero, por la falta de trabajo intersectorial y por no informar al niño el objetivo de cada proceso del tribunal y quiénes son los actores en los distintos sistemas y sus distintos roles, muchos niños se confunden, tienen miedo y lo demuestran mediante un rango de comportamientos, entre otros, no cooperar, mostrarse reticentes a hablar, tener actitudes beligerantes y hacer bravuconadas superficiales. Los distintos actores con los que los niños interactúan no siempre comprenden este tipo de respuestas, por lo que se etiqueta a los niños y, a veces, se toman decisiones en virtud de dichas etiquetas y comportamiento y no en función de las necesidades reales y el potencial del niño.

Además existe la posibilidad de que el niño haya tenido que contar "su historia" muchas veces, lo que posiblemente reactive cualquier trauma que haya sufrido y/o genere una actitud de resistencia y frustración ante los procesos judiciales.

Recomendaciones que he implementado que pueden ayudar a los menores a otorgar sentido a los procesos judiciales duales en los que pueden estar involucrados:

- El trabajo en equipo entre los actores de los distintos tribunales es esencial. Los niños experimentan frustración y confusión cuando distintos actores les dan distintos mensajes acerca de los posibles procedimientos y sus resultados.
- También es indispensable que seamos honestos con los niños, especialmente en lo que respecta a la divulgación de información entre los dos tribunales. A

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

menudo, los niños esperan que dichas divulgaciones sean confidenciales y es importante explicarles por qué y con quién se comparte la información.

- He encontrado muy útil compartir la información que figura en los informes sobre el menor con el menor, ya que esto mejora la confianza y permite analizar desenlaces alternativos con el niño y la familia. En los casos en los que se realizan recomendaciones sobre guarda (para casos de menores que requieren guarda) y/o consecuencias (para casos de menores que han reconocido el comportamiento delictivo o han sido declarados culpables de un delito), es importante aclararles al menor y a sus familiares que la decisión final recae sobre el funcionario judicial a cargo, quien puede aceptar o rechazar las recomendaciones realizadas.
- Informar al menor: es importante brindarle explicaciones sobre el objetivo de los dos procesos judiciales y en qué se diferencian las distintas decisiones que pueden tomar; si el niño se encuentra bien informado, con un lenguaje adecuado a su edad y nivel de desarrollo, estará más relajado y esto también lo ayudará a atravesar estos procedimientos con un nivel mínimo de potencial trauma secundario. Es igual de importante preparar a los padres o al cuidador de los menores involucrados en procesos de guarda y del tribunal de justicia de menores. Si los padres comparecen ante los tribunales ansiosos y sin saber qué esperar, pueden transferir su ansiedad al niño.

Quizás esta recomendación no sea relevante para aquellos que trabajan en sistemas judiciales con menores que viven en condiciones de extrema pobreza como se observa en Sudáfrica: verificar que el niño haya desayunado los días en que debe asistir al tribunal, y si no lo ha hecho, intentar proporcionarle algo nutritivo. Es muy difícil para el niño participar como se espera que lo haga durante la evaluación o cuando comparece ante el tribunal, si tiene hambre. Los asuntos prácticos como asegurar que el niño sepa dónde está el baño y pueda solicitar ir al baño si necesita hacerlo, también reduce la ansiedad.

Recomendaciones para los actores del tribunal:

- Para facilitar la toma de decisiones, se debe compartir entre ambos tribunales la información relevante. No tiene sentido

recomendar cuidados de acogida en el proceso relativo a la guarda del menor si el funcionario que preside el proceso del tribunal de menores está planificando condenar al menor a una pena en un establecimiento de seguridad cerrado.

- El trabajo en equipo, el respeto por los roles de los demás y la competencia en el rol propio, que benefician a ambos equipos en ambos tribunales y también al niño.
- Se debe asignar la responsabilidad de evaluar y verificar los antecedentes del niño y la familia al trabajador social del tribunal mejor equipado para completar la evaluación, y luego se debe compartir la evaluación entre ambos tribunales para evitar que el niño deba repetir su relato.
- Se debe dedicar tiempo suficiente para realizar la evaluación del niño. Cuando se arresta a un niño por un delito o se lo traslada de una residencia a otra, el niño y el padre/madre o tutor con frecuencia viven esta situación como una crisis. Es posible que los niños se presenten en forma distinta a la normal en una situación de crisis para la cual tienen pocas estrategias y habilidades de respuesta. Es importante que las evaluaciones iniciales tomen esto en cuenta. Cuando las decisiones del tribunal tienen el potencial de afectar la vida del niño a largo plazo y se basan en forma total o parcial en una evaluación de niño, la evaluación debe ser lo más confiable y válida posible. No obstante, esto se debe sopesar con la necesidad de dictar las decisiones en forma oportuna, ya que es posible que la vida de los niños esté en suspenso a la espera de una decisión. Este período de incertidumbre debería ser, por lo tanto, lo suficientemente prolongado para que se realice una evaluación exhaustiva, pero lo más corto posible para que el niño pueda seguir adelante con su vida.

- Los tiempos de espera en el tribunal en los días de comparecencia del niño deben ser lo más cortos posible. En un estudio realizado por Wade , varios entrevistados dijeron que la espera para prestar declaración es una experiencia incluso más estresante que testificar ante el tribunal. El niño también debe ser protegido contra la exposición al público general en un área o sala de espera adaptada a los niños durante la espera para comparecer ante el tribunal.

Los tribunales que trabajan con niños deben evaluar su nivel de adaptación a los niños en forma regular, y, en lo posible, abordar cualquier aspecto que parezca interferir negativamente con la experiencia del niño con respecto al proceso judicial. Supervisar y evaluar la percepción de los niños sobre los procesos en los que han estado involucrados puede ser muy valioso para el personal del tribunal en sus esfuerzos por garantizar que los niños se sientan seguros y cómodos en el tribunal.

Para mayor complejidad, también es posible que los niños estén interactuando con otros sistemas judiciales. Por ejemplo, si el niño declara que fue víctima de abuso, también podría intervenir un tercer tribunal, ya que el niño sería citado como víctima/testigo del abuso. El sistema de justicia penal tiene normas específicas para prestar declaración y el tribunal penal de adultos es un sistema mucho más formal y, por lo tanto, puede ser intimidante para el niño. No obstante, las sugerencias proporcionadas anteriormente pueden ser efectivas para apoyar al niño a través de este proceso.

En conclusión, con cuantos más tribunales deba interactuar el niño, más posibilidad de confusión, miedo y trauma secundario enfrentará. Cuanto más preparado esté el niño, más fácil será para él participar en los múltiples procesos. La preparación del cuidador o los padres es igualmente importante, ya que su ansiedad y estrés pueden ser contagiosos para el niño.

Joan van Niekerk, es una trabajadora social clínica con 30 años de experiencia en protección de menores. Actualmente trabaja como consultora en esta área, lideró el proyecto para la Comisión de Reforma Legislativa de Sudáfrica sobre Delitos Sexuales y participó en los procesos de reforma que luego derivaron en la Ley de Niños y la Ley de Justicia de Menores. Es coautora de un libro sobre la aplicación práctica de la Ley de Justicia de Menores, actualmente preside otro proyecto del comité para la Comisión de Reforma Legislativa de Sudáfrica sobre Pornografía Infantil y es miembro del Consejo Ejecutivo de la Sociedad Internacional para la Prevención del Maltrato y Abandono Infantil.

Referencias bibliográficas útiles

LawTeacher. November 2013. The Child Witness Powers And Protections In The Criminal Trial Process Criminal Law Essay. [En línea]. Disponible en: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/the-child-witness-powers-and-protections-in-the-criminal-trial-process-criminal-law-essay.php?cref=1> [Consultado el 22 de diciembre de 2017].

UNICEF (2007). The rights of children in conflict with the law. Published by the Ministry of Justice of Montenegro Juvenile Justice Reform Commission UNICEF Montenegro. Disponible en https://www.unicef.org/montenegro/Prava_Djece_ENG.pdf

Wade, A. E. (1997). The child witness and the criminal justice process: a case study in law reform. Unpublished PhD thesis, University of Leeds, UK.

Asistencia legal para jóvenes sospechosos—una perspectiva europea

Dra Dorris de Vocht



Introducción

El principio de que los jóvenes deben ser tratados en forma especial y separados de los adultos está generalmente aceptado. No obstante, el tratamiento que se da en la práctica a los jóvenes difiere de país en país. Sabemos muy poco sobre la forma en que los procesos penales afectan a los jóvenes sospechosos o acusados, y por este motivo resulta difícil evaluar cómo y quiénes pueden proteger mejor su bienestar. En este sentido, la adopción de la Directiva (UE) 2016/800 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales reviste gran importancia. La Directiva establece normas mínimas sobre diversas garantías procesales con el objetivo de garantizar que los niños sospechosos o acusados en procesos penales puedan comprender dichos procesos y ejercer su derecho a un juicio justo, así como prevenir su reincidencia y fomentar su reinserción social.

Uno de los derechos más importantes previstos en la Directiva es el derecho a tener asistencia letrada. No obstante, en el contexto de la justicia juvenil, esta garantía procesal plantea diversas cuestiones complejas, por ejemplo: ¿la asistencia letrada debe ser obligatoria o el joven puede renunciar a ejercer este derecho? ¿Cómo se relaciona la asistencia de un abogado con la asistencia por parte de otros adultos, como el adulto adecuado? ¿La asistencia letrada a los

jóvenes requiere un enfoque diferente del abogado? En este artículo se analizan algunos de estos aspectos del derecho de los jóvenes a acceder a asistencia legal desde la perspectiva de un estudio comparativo legal y empírico coordinado por el autor.

Jóvenes sospechosos en el interrogatorio: un estudio sobre las salvaguardias y las mejores prácticas

La observación de que tenemos escasos conocimientos sobre el nivel de protección legal ofrecido a los jóvenes sospechosos en la UE fue la principal razón que dio lugar al proyecto de investigación financiado por la UE Young Suspects in Interrogation: a Study on Safeguards and Best Practice (Jóvenes sospechosos en el interrogatorio: un estudio sobre las salvaguardias y las mejores prácticas). El proyecto fue coordinado por la Universidad de Maastricht y llevado a cabo en cinco Estados miembros de la UE: Bélgica, Inglaterra y Gales, Italia, Polonia y Países Bajos. El proyecto, que se centró en el interrogatorio previo al juicio como una de las actividades procesales durante las cuales la vulnerabilidad de los jóvenes es probablemente mayor, consistió en tres partes. En la primera parte se llevó a cabo una investigación legal comparada durante la cual se elaboraron informes de países sobre el nivel existente de protección procesal que se ofrece a los jóvenes durante los interrogatorios.

La segunda parte del proyecto consistió en una investigación empírica utilizando un método mixto que combinaba entrevistas a grupos focales con jóvenes y actores clave involucrados en el interrogatorio de jóvenes, como policías, abogados y fiscales, con observaciones de los interrogatorios grabados. El objetivo de la parte empírica del proyecto fue analizar en qué medida las prácticas aplicadas cumplen con el marco legal nacional, y también identificar buenas prácticas. Según nuestro conocimiento, el proyecto fue el primer estudio europeo en el cual se realizaron observaciones de interrogatorios de la vida real en más de un país, utilizando datos transnacionales sobre los interrogatorios de jóvenes. En la tercera y última parte del estudio, se combinaron los resultados del estudio legal y el empírico para identificar patrones comunes en la protección procesal de los jóvenes sospechosos durante los interrogatorios previos al juicio. A partir de estos hallazgos se formularon las reglas mínimas (pautas) para sugerir mejoras respecto al estado actual de situación con tres objetivos:

- reducir la brecha entre el derecho escrito y el derecho aplicado,
- contrarrestar los riesgos de las malas prácticas o prácticas negligentes, y
- promover las buenas prácticas surgidas del estudio empírico que podrían ser beneficiosas para la armonización europea de salvaguardias procesales para jóvenes sospechosos .
- El proyecto: algunas conclusiones generales

Este artículo no pretende presentar un análisis profundo de las conclusiones del proyecto, pero hay algunas similitudes fundamentales entre los sistemas de justicia juvenil seleccionados que vale la pena mencionar. En general, el estudio determinó que el nivel de protección legal que se ofrece actualmente a los jóvenes sospechosos durante los interrogatorios deja mucho que desear. El marco legal actual consiste principalmente en las salvaguardias procesales clásicas aplicadas a los adultos con algunos pocos agregados y modificaciones específicos para los jóvenes.

En general, la salvaguardia procesal más importante para los jóvenes es el derecho a ser asistidos por un adulto adecuado. Esta salvaguardia existe en alguna medida en todos los Estados miembros seleccionados y en mayor medida en Inglaterra y Gales. Otro hallazgo es que parece sobrevalorarse a los jóvenes sospechosos en el sentido de que la mayoría de los sistemas dan por sentado que el joven puede entender el proceso y tomar sus propias decisiones. En la mayoría de los sistemas el joven puede ejercer, y desistir de ejercer, derechos procesales, frecuentemente sin ningún tipo de asistencia de un abogado o un adulto adecuado. Además, hay muy pocas reglas sobre cómo informar a los jóvenes sobre sus garantías procesales o sobre cómo mejorar la comprensión cabal de un proceso.

En los lugares en los que sí existen reglas para la protección de los jóvenes sospechosos durante el interrogatorio, frecuentemente toman un abordaje estandarizado, tratando a todos los jóvenes por igual y sin hacer distinción por categorías de edad o nivel de madurez y capacidades intelectuales o emocionales. Además, los resultados del proyecto ilustraron que la mayoría de los sistemas se centran más en la protección brindada por personas, tales como agentes públicos designados para preservar el interés superior del menor, que en la protección provista por las normas. No obstante, también se determinó que el foco de la protección brindada por personas no siempre implica la disponibilidad del grado necesario de especialización y capacitación.

En conclusión, los hallazgos del proyecto demuestran que, aunque la vulnerabilidad de un joven sospechoso parece ser una realidad evidente, los marcos legales existentes prestan poca atención a los elementos que definen la vulnerabilidad en este contexto, y por lo tanto, no hay visiones claras de cómo se la debería compensar.

El proyecto: algunos hallazgos sobre la asistencia legal

Focalizándose en el derecho a la asistencia legal, las conclusiones del proyecto revelaron algunos patrones generales. En lo que respecta al marco legal, los jóvenes sospechosos tienen acceso a asistencia legal en distintas medidas y de diversas fuentes en todos los Estados miembros seleccionados. Generalmente, incluye el derecho a asesoramiento y el derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio. Los Estados miembros parecen estar de acuerdo en que proporcionar asistencia legal en la fase del interrogatorio policial plantea menos controversias cuando el sospechoso es un joven (en comparación con los adultos).

No obstante, cada sistema toma un abordaje diferente respecto de la obligatoriedad de la asistencia legal para los jóvenes. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales nunca es obligatorio que un joven sea asistido por un abogado durante el interrogatorio, a diferencia de Bélgica, donde la naturaleza obligatoria del derecho a asistencia legal parece ser más fuerte. Además, los Estados miembros tienen muy pocas y en algunos casos ninguna regla específica sobre cuándo se debe proporcionar asistencia legal gratuita: frecuentemente se aplican las mismas reglas que para los adultos. Nuevamente, Bélgica parece representar el sistema más amplio en este sentido: la asistencia legal siempre es gratuita para los jóvenes, independientemente de sus recursos. En otros países hay muy pocas o ninguna regla específica sobre esto.

En los Estados miembros seleccionados existen normas sobre el rol del abogado durante el interrogatorio, pero no son específicas para los jóvenes y son aplicables a todos los interrogatorios de sospechosos. Por ejemplo: existen guías bastante específicas en Inglaterra y Gales sobre el rol del abogado en las comisarías, si bien no son específicas para jóvenes, y en Países Bajos las normas vigentes se refieren principalmente a lo que el abogado no puede hacer. Existen pocas o ninguna regla sobre lo que efectivamente implica defender a un joven sospechoso, especialmente durante el interrogatorio. Las disposiciones sobre el rol del abogado durante el interrogatorio son de naturaleza general y se dirigen especialmente a garantizar que el interrogatorio se lleve a cabo

respetando las normas y en asistir al sospechoso a entender las preguntas y el curso del proceso. En lo que respecta a las calificaciones profesionales, el estudio indica que en los Estados miembros seleccionados el abogado tiene limitados requisitos respecto de la especialización o la formación requeridas para prestar asistencia legal a los jóvenes sospechosos.

En lo referido a la parte empírica del estudio, los hallazgos del proyecto claramente demuestran la importancia de brindar asistencia legal a los jóvenes sospechosos. En las entrevistas a los grupos focales se puso de manifiesto que los abogados son las figuras más importantes para dar apoyo a los jóvenes, especialmente para asegurarse de que tengan un conocimiento adecuado de sus derechos y de la situación, y que también se comporten adecuadamente y tomen las decisiones apropiadas en la sala de interrogatorio.

Asistencia a los jóvenes: ¿un abordaje diferente?

Debido a su corta edad y a su nivel de desarrollo, los jóvenes, como regla, no pueden defenderse adecuadamente. Por lo tanto, en principio, necesitan de la asistencia de un profesional del derecho para tener una defensa efectiva. Sin embargo, considerando las observaciones generales sobre asistencia legal, la pregunta central es, por supuesto, si resulta realmente necesario tomar un abordaje específico para los jóvenes en la cuestión de la asistencia legal. En otras palabras, ¿asistir a un joven sospechoso exige un tratamiento diferente por parte del abogado defensor que cuando presta asistencia legal a un cliente adulto?

Las investigaciones empíricas claramente ilustran que hay diversas visiones sobre el rol del abogado en el tratamiento de jóvenes sospechosos y acusados. Algunos profesionales sostienen un enfoque puramente formal, en el sentido de que el rol del abogado se considera un mero asesoramiento legal, o sea, decidir sobre la estrategia de defensa. Otros profesionales toman un enfoque más amplio, lo que significa que el abogado generalmente tiene una función más educativa, con un enfoque más paternalista que incluye apoyo psicológico.

Dos citas de las entrevistas del grupo focal pueden ilustrar este enfoque. Un abogado en la entrevista de grupo focal con abogados de Bélgica manifestó: «Frecuentemente somos la tercera, cuarta o quinta persona desconocida en intervenir, algunas veces en la mitad de la noche. Por esto es importante que podamos transmitir tranquilidad al joven y construir confianza». En las entrevistas de grupo focal con abogados italianos un participante dijo: «Somos los primeros que abordamos no solo los aspectos legales, sino

también los aspectos relativos a la vida humana. Oscilamos en un punto intermedio entre esos dos aspectos, porque los jóvenes experimentan mucho temor y las familias no saben qué hacer. Somos la primera esperanza».

Independientemente de estas visiones contrapuestas sobre el rol del abogado, se deberían tomar en cuenta algunos parámetros en lo relativo a prestar asistencia legal a los jóvenes sospechosos y acusados. En primer lugar, no se debería olvidar que comunicarse con un joven requiere un enfoque y habilidades diferentes de las que se necesitan para comunicarse con un adulto. Ejemplos de esto se pueden encontrar en la investigación empírica. Por ejemplo, durante las observaciones de interrogatorios grabados en Inglaterra y Gales a un joven arrestado por el delito grave de violación se lo interrogó sin la presencia de un abogado, y aunque respondió a la pregunta del funcionario que él no sabía lo que era una violación, el funcionario no le explicó el delito de violación y tampoco intervino el adulto adecuado. Una asistencia legal apropiada podría haber hecho una diferencia en esta situación.

En segundo lugar, el rol del abogado en los casos de justicia juvenil puede verse complicado por la interacción con otros profesionales, como el adulto adecuado o los representantes de los servicios sociales. La presencia de otros profesionales plantea cuestionamientos sobre la división de tareas. Por ejemplo, ¿quién es responsable de informar al joven sobre sus garantías procesales? ¿En qué medida la confidencialidad de la comunicación abogado-cliente se ve afectada por la presencia de otros profesionales? ¿Cuál es el rol de los otros profesionales para ayudar al joven a ejercer ciertos derechos o desistir de ejercerlos?

Un tercer aspecto de la asistencia a jóvenes sospechosos que se debería tener en cuenta es la importancia del trabajo en equipo. En prácticamente todos los sistemas, el objetivo del procesamiento de los jóvenes es encontrar la mayor cantidad de alternativas posibles a los procesos judiciales oficiales y tomar un enfoque individual en el trato con el joven. Por esta razón, un enfoque marcadamente antagónico, enfatizando el rol del abogado como defensor activo de las garantías individuales, puede ser negativo para el joven. Por otro lado, el abogado que toma un rol demasiado activo como miembro del equipo puede encontrar problemas para generar confianza con el cliente. Esto plantea un difícil dilema para los abogados en la justicia juvenil. En general, no se puede subestimar la importancia de construir confianza.

La palabra «confianza» apareció en forma recurrente en las entrevistas de casi todos los grupos focales: construir una relación de confianza es importante y a la vez particularmente difícil cuando se trata de jóvenes.

En general, está claro que la dinámica para generar confianza puede ser diferente con los jóvenes que con los adultos. Esto también fue mencionado por algunos abogados en las entrevistas con los grupos focales: señalaron que ganar la confianza de los jóvenes resulta difícil, frecuentemente porque se reúnen con diversas personas y se encuentran en una situación estresante. Además, generar confianza con un cliente joven generalmente requiere más tiempo que con un adulto. En algunos de los Estados miembros seleccionados se establece un límite de tiempo para las consultas anteriores a los interrogatorios. Por ejemplo, en los Países Bajos se otorgan 30 minutos, una cantidad de tiempo considerada inadecuada por muchos abogados. Además, para construir confianza, el tiempo no es el único factor relevante, la confidencialidad de las conversaciones entre el abogado y el cliente es por lo menos igualmente importante.

Lamentablemente, el proyecto puso de manifiesto que la confidencialidad no está siempre garantizada en algunos Estados miembros por no contar con instalaciones adecuadas. Un abogado del grupo focal belga señaló: "se pueden encontrar marcas de orejas en las paredes y en las puertas porque los policías espían y quieren escuchar todo". En Polonia, las consultas confidenciales con un abogado antes del interrogatorio solo son posibles con la aprobación de la policía, que rara vez se consigue.

La investigación empírica también ilustra varios ejemplos de jóvenes que temen que su abogado trabaje con las autoridades o para las autoridades (porque ha mostrado una «actitud amistosa» con el fiscal o el juez). Por supuesto que esto puede ser solo una cuestión de apariencias, pero puede ser muy negativo para establecer una auténtica relación de confianza entre el abogado y el joven representado. Finalmente, se debería recordar que la vulnerabilidad del joven se determina por muchas variables, de las cuales la edad es la más fácil ya que se puede determinar objetivamente, pero definitivamente no es la única. Algunas de las otras variables relevantes son: la capacidad mental del joven, el género del joven, ya que las mujeres pueden ser más vulnerables por la posibilidad de embarazo, la gravedad del delito cometido y si se trata de un primer delito o una reincidencia.

La investigación empírica ilustra que esta última división puede ser bastante importante en la práctica. Por ejemplo, en Italia se determinó que la policía tiende a ser más cuidadosa para explicar la situación y los derechos a quienes han

cometido un primer delito, en tanto se muestran más formales y distantes cuando los sospechosos son reincidentes. A partir de la entrevista con el grupo focal en Países Bajos se determinó que la policía a veces piensa que un abogado activo es solo importante para los jóvenes que han cometido su primer delito. Obviamente, este es un punto de vista debatible; los jóvenes reincidentes pueden tener alguna experiencia en el trato con las fuerzas de seguridad, pero esto no significa que no sean vulnerables. Por el contrario, su posible actitud de «yo se todo y no necesito ayuda ni explicaciones» puede ser especialmente nociva cuando en realidad lo más frecuente es que no conozcan ni entiendan el procedimiento tan bien como creen.

Por supuesto que lograr una asistencia legal efectiva para los jóvenes sospechosos y acusados no solo depende de los parámetros antes mencionados sino también de ciertas condiciones prácticas. En este sentido, se debería mencionar la disponibilidad de fondos apropiados, un nivel adecuado de calidad de los abogados y la disponibilidad de abogados en todo momento (esquemas de guardia).

La Directiva (UE) 2016/800 y la asistencia legal
Quisiera volver ahora al tema de la reunión de expertos: la Directiva adoptada en mayo de 2016 sobre garantías procesales para los menores sospechosos o acusados. La Directiva es parte de lo que se denominó Programa de Estocolmo de 2009 y se relaciona con la medida E de la Resolución del Consejo de Europa relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, que trata sobre las «salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables». Los hallazgos del proyecto Jóvenes sospechosos en el interrogatorio al que nos referimos más arriba señalan claramente la necesidad de contar con un instrumento legal europeo, y por esta razón la Directiva debe ser recibida con beneplácito. Tiene el potencial de contribuir a una protección legal más específica para los jóvenes sospechosos y acusados cerrando las brechas existentes como se ilustra más arriba.

En cuanto al alcance de la Directiva, se debería señalar que sólo se aplica a los niños, o sea a las personas menores de 18 años, y a los procesos penales. Esta última restricción es importante porque limita considerablemente el rango de aplicación de la Directiva. Después de todo, en muchos Estados miembros a los jóvenes sospechosos o acusados de delitos penales no se los procesa a través de la justicia penal. Por ejemplo, la mayoría de los sistemas de bienestar, como el de Bélgica y Polonia, no siguen un enfoque meramente penal de la justicia juvenil.

Resta por ver cuál será el efecto de la Directiva en estos sistemas.

En resumen, la Directiva establece los siguientes derechos: el derecho a la información (arts. 4 y 5), derecho a asistencia letrada y a asistencia jurídica gratuita (arts. 6 y 18), derecho a una evaluación individual (art. 7), derecho a un reconocimiento médico (art. 8), grabación audiovisual de los interrogatorios (art. 9), limitación a la privación de la libertad (arts. 10-12), derecho a la protección de la privacidad (art. 14), derecho a estar presente y participar en su propio juicio (arts. 15 y 16) y formación de los profesionales (art. 20). El foco de esta Directiva sobre la asistencia legal indica claramente que la asistencia solo debe efectuarse sin demoras indebidas una vez que los niños toman conocimiento de que son sospechosos o acusados. Lo que es positivo en este sentido es que la Directiva reconoce la importancia de la asistencia legal efectiva en las primeras etapas del proceso previo al juicio, mencionando explícitamente ciertos momentos específicos durante los cuales la asistencia debería ser posible.

La Directiva también señala lo que debería incluir la asistencia de un abogado, por ejemplo, el derecho a reunirse en forma privada, el derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio y durante algunas partes de la investigación o recolección de evidencia. Originalmente, la Propuesta para la Directiva señalaba que la asistencia de un abogado era obligatoria para los jóvenes. Esta parte de la Propuesta resultó ser la más controvertida y, luego de largas deliberaciones entre los Estados miembros se introdujo una cláusula de proporcionalidad. Ahora bien, se podrán establecer excepciones a esta disposición cuando la asistencia letrada no sea proporcionada en las circunstancias del caso, habida cuenta de la gravedad de la presunta infracción penal, la complejidad del caso o las medidas que podrían tomarse respecto de dicha infracción.

Además de esta cláusula de excepción general, la disposición también introduce la posibilidad de excepciones temporarias, que se pueden aplicar solo en la etapa previa al juicio y en circunstancias excepcionales. En lo que respecta a los costos de la asistencia legal, cabe mencionar el art. 18 de la Directiva que señala que los Estados miembros deben asegurar que las legislaciones nacionales sobre asistencia legal garanticen el efectivo ejercicio del derecho a ser asistido por un abogado. Además, la Directiva también aborda la formación y especialización de los abogados. El artículo 20, apartado 3, dispone que los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para promover la formación específica

de los letrados designados en procesos penales relacionados con menores.

Algunas consideraciones finales

La asistencia legal efectiva es crucial para la protección de los jóvenes sospechosos y acusados. Los resultados del proyecto Jóvenes sospechosos en el interrogatorio determinan claramente que es necesario lograr mejoras sustanciales en las normas de protección procesal aplicables a los jóvenes en toda la UE. La Directiva (UE) 2016/UE representa un paso importante en este sentido. Establece normas mínimas sobre diversos temas fundamentales y pone este importante tema bajo el control de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la UE. En cuanto al derecho a asistencia legal, es importante que la Directiva señale el hecho de que proporcionar asistencia legal a los jóvenes también, y quizás especialmente, en las primeras etapas del proceso, debe ser la regla y no la excepción. Las disposiciones que enfatizan las obligaciones de los Estados miembros de proporcionar asistencia legal, así como la formación de los abogados especializados en justicia juvenil, son aspectos importantes de la Directiva.

En términos generales, estas disposiciones tienen el potencial de aumentar significativamente las probabilidades de que los jóvenes en toda la UE accedan al derecho de asistencia legal con la mayor efectividad posible. Por supuesto que gran parte de esto, si no todo, depende de la forma en que los Estados miembros realicen la transposición de la Directiva. Obviamente se encontrarán dificultades en este proceso. El texto de la Directiva deja un gran margen de discrecionalidad en manos de los Estados miembros, por ejemplo, en cuanto a hacer lugar a excepciones a la asistencia legal, y será interesante ver cómo los distintos sistemas manejan esto. Esperemos que este margen de discrecionalidad no disuada a los Estados miembros de implementarla y aplicarla de la manera más amplia posible a fin de darle los efectos prácticos que merece.

[Este artículo se basa en una presentación realizada en una reunión de expertos sobre la Directiva \(UE\) 2016/800 sobre garantías procesales de jóvenes sospechosos y acusados \(Bruselas 30.05.2017\).](#)

[La Dra. D. de Vocht es Profesora Adjunta de derecho penal y procesal en la Universidad de Maastricht](#)



Del 14 al 17 de septiembre de 2017, se reunieron 850 expertos en justicia juvenil durante el 30º simposio anual de Alemania sobre justicia juvenil (Deutscher Jugendgerichtstag (JGT)) en la Universidad Libre de Berlín, entre ellos, investigadores académicos, oficiales de policía, tutores ad litem y miembros del sistema judicial. El primer JGT se realizó en Berlin-Charlottenburg en 1909 en un momento en que se empezaba a reconocer cada vez más la importancia de la adolescencia y de tener reacciones adecuadas a la edad ante los casos de delincuencia juvenil. Desde entonces, la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y Tutores ad litem ha organizado el simposio cada tres años (Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. (DVJJ)). Este simposio es un evento central para todas las personas que están involucradas profesionalmente en el sistema de justicia juvenil, trabajan con jóvenes en situación de delincuencia o realizan investigaciones científicas sobre el tema. Dado que 2017 fue el centenario de la DVJJ, el simposio de este año se realizó en su sede inicial en Berlín. La DVJJ es la asociación de profesionales de justicia penal juvenil de Alemania. Se fundó en 1917 y tiene aproximadamente 1.600 miembros que trabajan en el sistema de justicia penal juvenil. La asociación promueve la cooperación interdisciplinaria de todos los profesionales involucrados y opera como órgano asesor independiente para consultas relacionadas con políticas penales y abordajes prácticos a la delincuencia juvenil. Este año, el simposio tuvo un alto índice de asistencia, lo que demuestra el fuerte interés de los círculos profesionales por los análisis profundos y críticos de las interacciones con los jóvenes en situación de delincuencia. El lema de este simposio fue *„Merein-, Heraus-, Heran-, - Junge Menschen wachsen lassen“*, cuya traducción aproximada sería *„Dejemos a los*

jóvenes crecer“. Las ponencias y charlas principales se focalizaron en temas como Límites para el crecimiento: la política del *„Potenzial“* y sus contradicciones (Grenzen des Wachstums: Die Politik mit dem Potenzial" und ihre Widersprüche, Prof. Dr. Stephan Lessenich, LMU München), La DVJJ y la era nazi (Die DVJJ und die NS-Zeit, Prof. Dr. Eva Schumann, Universität Göttingen) y Legislación penal juvenil: último recurso de control social para los jóvenes. Sanciones inadecuadas y castigo 'adecuado' (Jugendstrafrecht - ultima ratio der Sozialkontrolle junger Menschen. Falsche Straferwartungen und "richtiges" Strafen, Prof. Dr. Heribert Ostendorf). Además, se realizaron debates sobre temas actuales de política penal en 14 grupos de trabajo y 18 paneles. Además, el centenario de la DVJJ fue un tema central. En todos los debates se plantearon tres puntos clave:

1. Las sentencias que afectan a adolescentes son adecuadas si se encuentran en conformidad con el código penal juvenil.
2. La mejor opción para el abordaje de la delincuencia juvenil es trabajar con expertos en el tema.
3. La legislación penal juvenil siempre debe ser una medida de último recurso para abordar los problemas sociales y societales.

Se presentarán detalladamente los siguientes temas de tres paneles:

- “ adolescentes
- “ la Directiva de la UE sobre garantías procesales para los niños sospechosos o acusados en procesos penales
- “ extremismo de derecha y radicalización islámica

Para enviar preguntas o solicitar información adicional, contáctese con la presidente del DVJJ, Dra. Ulrike Zähringer (+49 511 34836-41, zaehringer@dvjj.de).

Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. Lützerodestraße 9 | 30161 Hannover, Alemania. Teléfono: +49 511-34836-40 | Fax: +49 511-3180660 | www.dvjj.de | www.jugendgerichtstag.de

Achim Wallner* es un pedagogo social que trabaja para "LOTSE e.V.", una organización de bienestar infantil y juvenil y está especializada en ofertas de educación social para pacientes internos delincuentes. Él es un miembro de la junta de la Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V.

Directiva de la UE sobre garantías procesales para los niños sospechosos o acusados en procesos penales Dr Michael Sommerfeld*



A. Introducción

Después de más de dos años de intensas negociaciones (incluidas algunas batallas difíciles), el 11 de junio de 2016 entró en vigor la Directiva Europea relativa a las garantías procesales de los niños (es decir, menores de dieciocho años) sospechosos o acusados en los procesos penales (DIR 2016/800/EU) . El plazo límite para la transposición de la Directiva a la legislación nacional es el 11 de junio de 2019. Muchos aspectos de la legislación procesal penal juvenil de Alemania se ven afectados por los requisitos impuestos por la Directiva. Algunos de los temas abordados por la Directiva son los derechos a la información y comparecencia, ciertos derechos en los casos que conllevan privación de la libertad, el tratamiento judicial de los casos, y la necesidad de garantizar un alto nivel de cualificación de los profesionales que trabajan en contacto con los jóvenes que delinquen. Tienen particular relevancia (práctica) las normas sobre asistencia letrada (es decir, abogado defensor obligatorio), pero también el derecho a una evaluación individual y a una grabación audiovisual del interrogatorio. Los requisitos se deben transponer a la legislación nacional a más tardar el 11 de junio de 2019.

Mi ponencia se focalizó en los considerables cambios necesarios en el área del derecho procesal penal juvenil de Alemania, con énfasis en la necesidad de reflexionar sobre la legislación existente y sobre qué se debe enmendar y/o incluir en las reglamentaciones.

B. Un resumen detallado de algunos de los temas abordados por la Directiva 2016/800/EU

Algunos de los muchos temas regulados por la Directiva 2016/800/EU fueron altamente problemáticos y particularmente controversiales. Uno de ellos fue el artículo 6 ("derecho a asistencia letrada") y . en relación directa con ese derecho. el artículo 9 ("grabación audiovisual del interrogatorio"), así como el "derecho a una evaluación individual" en virtud del artículo 7. A continuación, ofrezco un resumen un poco más amplio de dichas disposiciones .

I. Artículo 6 (asistencia letrada)

El derecho a recibir asistencia de un abogado (artículo 6) se puede describir justificadamente como el elemento central de la Directiva.

El artículo 6 distingue entre el derecho de acceder a un abogado en conformidad con la Directiva 2013/48/EU (apartado 1) y el derecho a recibir asistencia letrada (apartados 2 a 8). El apartado 3 establece que los Estados miembros ~~de~~ velarán por que los menores reciban asistencia letrada sin demora indebida en cuanto se ponga en conocimiento de dichos menores su condición de sospechosos o acusados. En cualquier caso, los menores recibirán asistencia letrada a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación:

- a) antes de que sean interrogados por la policía u otras autoridades policiales o judiciales;
- b) en el momento en que las autoridades de investigación u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 4, letra c);
- c) sin demora indebida tras la privación de libertad;
- d) habiendo sido citados a personarse ante un órgano jurisdiccional competente en materia penal, con la suficiente antelación antes de que se presenten ante dicho órgano jurisdiccional+.

No obstante, el apartado 6 (1) del artículo 6 es de gran importancia; según este, los Estados miembros "podrán establecer excepciones al apartado 3 cuando la asistencia letrada no sea

proporcionada en las circunstancias del caso, habida cuenta de la gravedad de la presunta infracción penal, la complejidad del caso o las medidas que podrían tomarse respecto de dicha infracción, sin perjuicio de que el interés superior del menor siempre debe constituir una consideración primordial+.

En principio, el artículo 68 existente de la Ley de tribunales de menores (Jugendgerichtsgesetz - JGG) ya prevé un ejercicio de evaluación de proporcionalidad. El artículo 68, inciso 1, de la JGG estipula que se deberá asignar un abogado para el acusado en aquellos casos en los que se debería asignar un abogado defensor si la persona fuera adulta. Las circunstancias bajo las cuales se puede considerar proporcionado brindar asistencia de un abogado coinciden sustancialmente con las del artículo 140, apartado 2, primer enunciado, 1.º y 2.º alt., del Código Procesal Penal (Strafprozessordnung - StPO): "gravedad del delito" y "situación fáctica o jurídica compleja". En este sentido, es probable que no sea necesario adoptar ninguna medida para implementar la Directiva.

No obstante, las disposiciones del artículo 68 de la JGG no cubren todos los casos en los cuales es obligatorio asignar un abogado defensor en virtud del artículo 6.

1. Asistencia de un abogado en los casos que conllevan privación de la libertad

El artículo 6, apartado 6 (2), establece que los Estados miembros deben "en cualquier caso (...) velar por que los menores reciban asistencia letrada (...) cuando se les ponga a disposición del órgano jurisdiccional competente para decidir sobre su detención en cualquier fase del proceso dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva". La legislación existente no cumple con estos requisitos. El artículo 68, inciso 5, de la JGG establece que se deberá proporcionar sin demora un abogado defensor si se ordena prisión preventiva o reclusión temporal (consultar también artículo 140, apartado 1, inciso 4, del StPO). En otras palabras, según la legislación vigente, la asignación de un abogado defensor no debe suceder en el momento en que, posteriormente a la privación de su libertad, la persona acusada debe comparecer ante el tribunal para que se tome una decisión con respecto a su detención, sino en el momento en que la persona es detenida. Según la Directiva, se debería modificar esto, estableciendo que se debe asignar un abogado en el momento en que la persona acusada comparece ante un juez. Además, la DIR 2016/800/EU probablemente ha resuelto la polémica acerca de si el artículo 68, inciso 5 de la JGG es aplicable solo a los procesos en que se ordena prisión preventiva o si se aplica también a otros procesos. Dado que el artículo 6, apartado 6 (2)(b) se refiere únicamente

a la "detención", en el futuro, en los casos en que no se ordene prisión preventiva se deberá asignar también un abogado defensor.

El considerando 28 establece que ciertas situaciones que implican privaciones de la libertad por períodos breves no requieren asistencia obligatoria de un abogado en virtud del apartado 3, segundo enunciado, letra c, y apartado 6 (2) . No obstante, el art. 230, apartado 2, del StPO puede presentar problemas de categorización en este sentido. Al igual que el considerando 15 de la DIR 2016/1919/EU, el considerando 28 menciona expresamente "la presentación (...) ante una autoridad competente" como una excepción. A pesar de que la expresión "presentación (ō) ante una autoridad competente" no necesariamente coincide con la terminología relevante del artículo 230, apartado 2, del StPO, y la detención previa a la comparecencia no debe ser necesariamente excluida, una comparación con las demás situaciones mencionadas en el considerando 28 podría derivar lógicamente en la presunción de que la privación de la libertad por causa de detención (previa a la comparecencia) . que podría ser de mayor duración. no tendrá como resultado la denegación de la garantía de asistencia letrada. Por otro lado, incumplir la obligación de comparecer (Anwesenheitspflicht) . que es más estricta en el derecho penal juvenil. no debería implicar que se asigne defensa obligatoria a lo largo de todo el proceso si se ordena la detención en virtud del art. 230, apartado 2, del StPO. Una solución que contemple los intereses de todas las partes podría ser la del art. 408b del StPO. En ese caso, solo se debería asignar expresamente un abogado defensor durante el período de privación de la libertad ordenada en virtud del art. 230, apartado 2, del StPO (consultar también artículo 6, apartado 6 (2), letra b). La designación del abogado finalizaría en el momento de finalización de la respectiva medida de privación de la libertad, y no sería necesario emitir una decisión para revocar la representación. A lo largo del proceso, se debería evaluar la necesidad de asignar un abogado defensor en conformidad con las disposiciones generales, como se estipula en el art. 408b del StPO.

2. Asistencia de un abogado en los casos de privación de la libertad como condena penal

Según el artículo 6, apartado 6 (3), no se deberán imponer penas de privación de la libertad, "a menos que el menor haya contado con asistencia letrada, de modo que haya podido ejercer el derecho de defensa de modo efectivo y, en cualquier caso, durante la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional". "Penas de privación de la libertad" incluye sanciones juveniles dentro del alcance del art. 27 et seq. de la JGG. Suponiendo

que no hubiera restricciones adicionales, probablemente será irrelevante en este sentido si la sanción juvenil es suspendida bajo libertad condicional en virtud del art. 20 et seq. JGG, o si se posterga la decisión de suspender o no la sanción juvenil bajo libertad condicional en conformidad con el art. 61 et seq. de la JGG. La legislación procesal penal juvenil de Alemania debería ser modificada en este aspecto, porque existe una mezcla altamente heterogénea de opiniones con respecto al art. 68, inciso 1, de la JGG en conjunto con el art. 140, apartado 2, primer enunciado, del StPO y las circunstancias bajo las cuales, cuando existe la posibilidad de que se imponga una sanción juvenil, se debe asumir que corresponde asignar defensa obligatoria. No obstante, la disposición sobre la suspensión de la ejecución de sanciones juveniles según el art. 27 et seq. de la JGG probablemente requerirá aclaración, porque si se lo analiza estrictamente, la imposición de penas de privación de la libertad no se produce hasta que se realizan procesos subsiguientes en virtud de los arts. 30, apartado 1, y 62 et seq. de la JGG. En términos de impacto, sin embargo, una "resolución en virtud del art. 27" en la práctica no es muy diferente a una sanción juvenil. El hecho de que se debe garantizar asistencia letrada "en todos los casos durante el proceso principal" significa que es posible que se deba repetir el proceso principal si no surge la expectativa de que se imponga una sanción juvenil antes del inicio del proceso principal. Los casos en los que dicha expectativa surge antes de que comience el proceso principal, pero sin embargo no se ha asignado defensor letrado, se podrán resolver repitiendo las medidas de investigación después de la designación del abogado defensor o, si esto no es posible, se deberán desestimar las pruebas relevantes.

3. El momento adecuado para designar a un asesor letrado

Actualmente, en los casos cubiertos por el art. 140, apartado 1, N.º 1-3, 5-9 y apartado 2 del StPO, se debe asignar un abogado defensor inmediatamente cuando se le notifica a un acusado imputado sin abogado defensor, según el art. 201, que debe responder a un auto de procesamiento (consultar art. 141, apartado 1, del StPO). Según el art. 141, apartado 3, primer enunciado, del StPO, también se puede designar al defensor letrado durante los procedimientos preliminares. Dado que la JGG no contiene ninguna disposición equivalente al art. 141 del StPO, se aplica también a la legislación penal juvenil. Con respecto al momento en que se debe realizar la designación del abogado, la DIR 2016/800/EU difiere considerablemente. La disposición relevante es el artículo 6, apartado 3, mencionado anteriormente. En los casos en que se debe proporcionar defensa obligatoria a

menores, en el futuro, el defensor letrado se deberá designar en el momento en que "se ponga en conocimiento de dichos menores su condición de sospechosos o acusados", siempre que no corresponda hacerlo en un momento anterior según el artículo 6, apartado 3, segundo enunciado. Como resultado, la defensa obligatoria en la legislación procesal penal juvenil se ampliará para convertirse en un derecho a la defensa desde el día uno, lo que tendrá consecuencias de gran alcance, incluidas cuestiones de detalle. Algunos de los temas que requerirán aclaración son: quién será responsable de designar al abogado defensor desde el día uno, cómo se elegirá y/o cambiará a dicho abogado defensor, y cuánto deben esperar las partes para una indagación si no hubiera un abogado defensor inmediatamente disponible (sobre este punto, consultar únicamente artículo 6, apartado 7, y considerando 27, tercer y cuarto enunciados).

II. Artículo 7 (derecho a una evaluación individual)

El "derecho a una evaluación individual" estipulado en el artículo 7 tiene un título engañoso. No tiene nada que ver con una evaluación forense. Para poder tener en cuenta tal como lo indica el artículo 7, apartado 1. las necesidades específicas de los niños en materia de protección, educación, formación e integración social, el artículo 7, apartado 2, exige que los niños sean evaluados individualmente; esta evaluación individual debe tener particularmente en cuenta la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, y cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener. La clave es determinar las circunstancias caracterizadas como los "aspectos tutelares, sociales y asistenciales" en el art. 38, apartado 2, primer enunciado de la JGG y que, según el art. 43, apartado 1, primer enunciado de la JGG, son "aptas para proporcionar asistencia en la evaluación de su perfil psicológico, emocional y conductual".

Dado que en el artículo 7, apartados 3 y 7, no se establece una excepción general, corresponde aplicar el artículo 7, apartado 5, que establece que "las evaluaciones individuales se efectuarán en la fase más temprana posible del proceso y, sin perjuicio del apartado 6, antes de la acusación". Este principio debe ser implementado, porque ni el artículo 38 ni el artículo 43 de la JGG establecen la precondition de que se complete el informe del servicio de asistencia del tribunal juvenil a más tardar antes de la acusación. No obstante, el artículo 7, apartado 6, establece que "se podrá formular la acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando

comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional". Esto significa que no es necesario que se hayan presentado los resultados de la evaluación individual para poder concluir un procedimiento de investigación que, de lo contrario, estaría completo. El considerando 39, tercer enunciado, estipula que "así puede ocurrir, por ejemplo, cuando un menor se encuentra en prisión preventiva y esperar a la evaluación individual podría alargar innecesariamente tal privación de libertad". Pero este criterio no se aplica únicamente a los casos de detención previa al juicio, porque también podría favorecer el interés superior del niño tener certeza lo antes posible acerca de la forma en que se abordará el asunto. Los detalles acerca de las condiciones bajo las cuales es posible formular una acusación antes de que se realice la evaluación individual se deberán establecer dentro del marco de la implementación de la Directiva.

Es probable que también se deba implementar legislativamente el requisito de que se realice la evaluación individual antes de la imputación como regla general y, en todos los casos, antes del juicio. Se deberá evaluar si la legislación vigente garantiza adecuadamente que los servicios de asistencia del tribunal de menores sean siempre notificados acerca de los procedimientos de investigación en una etapa lo suficientemente temprana como para que se pueda completar la evaluación individual . por lo menos, como regla general. antes de formular la acusación. Para proporcionar certeza sobre este punto, se debería contemplar la posibilidad de aplicar una norma existente, por ejemplo, la del artículo 5, apartado 2, del Código Social, Libro VIII, que ya es una disposición válida en este contexto y que hasta el momento no se ha aplicado, la cual exige notificación (temprana) al servicio de asistencia del tribunal de menores . Asimismo, necesitaremos evaluar si el hecho de que el informe de evaluación individual deba estar disponible al comenzar el juicio implica la obligación (expresa) de comparecencia por parte del servicio de asistencia del tribunal de menores. Esto será necesario en particular porque no siempre se elaboran actas escritas, o en algunos casos no se elaboran adecuadamente, y es posible que durante el juicio surjan dudas (adicionales) sobre el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva.

III. Artículo 9 (grabación audiovisual del interrogatorio)

La grabación audiovisual del interrogatorio en virtud del artículo 9 está directamente relacionada con la asistencia de un abogado en virtud del artículo 6.

El artículo 9, apartado 1, establece que "los Estados miembros velarán por que el interrogatorio a que se someta a un menor por parte de la policía u otras autoridades policiales durante el proceso penal sea grabado por medios audiovisuales, cuando ello sea proporcionado en las circunstancias del caso, habida cuenta, entre otras, de si está presente o no un letrado y de si el menor está privado de libertad o no, a condición de que el interés superior del menor siempre constituya la consideración primordial". Dentro del marco de la evaluación de proporcionalidad que los Estados miembros están facultados a realizar durante el proceso de implementación, pueden evaluar expresamente si el interrogatorio se realizará con la presencia de un letrado.

En consecuencia, es probable que no sea necesario tomar medidas para implementar esta disposición de la Directiva. A pesar de que esto no se menciona expresamente en el artículo 9, apartado 1 (también en conjunto con el considerando 42, segundo enunciado), la expresión "entre otras" significa que la cuestión de la proporcionalidad de realizar una grabación audiovisual del interrogatorio se puede dirimir analizando las circunstancias relevantes para una evaluación de proporcionalidad en virtud del artículo 6, apartado 6 (1), ("la gravedad de la presunta infracción penal, la complejidad del caso o las medidas que podrían tomarse respecto de dicha infracción"). Así, los casos en que sería proporcionado realizar una grabación audiovisual del interrogatorio, por regla general, coinciden con aquellos en los que resulta proporcionada la asistencia de un abogado. En los casos en que se determine que es proporcionado designar a un abogado, el artículo 6, apartado 3, segundo enunciado, letra a, exige que la asistencia letrada se efectivice antes de que los menores sean interrogados por la policía o por otras autoridades policiales o judiciales; por lo tanto, en las indagaciones en las que se determine que es proporcionado realizar una grabación audiovisual del interrogatorio, como regla general, deberá haber un abogado presente. Sus tareas incluirán garantizar la adecuada protección del menor dentro del alcance del considerando 42, primer enunciado (comprender el contenido de los interrogatorios) . Por lo tanto, habría un área de aplicación para el artículo 9, apartado 1, en aquellos casos en los que, en virtud del artículo 6, apartado 7, y el considerando 27, tercer y cuarto enunciado, el interrogatorio se realice sin un abogado presente, pero estos casos son pocos en la práctica. Otra inquietud lógica es si en esos casos no se debería grabar la indagación aunque sea en un dispositivo de audio (consultar artículo 9, apartado 2) para complementar adecuadamente las actas escritas, que son susceptibles de error.

C. Panorama a futuro

La DIR 2016/800/EU entró en vigor el 11 de junio de 2006, y se debe implementar en un plazo de tres años, es decir, a más tardar el 11 de junio de 2019. Este resumen ha intentado demostrar que, entre los numerosos asuntos regulados por la Directiva, muchos requieren considerables medidas previas para su implementación. Aunque su implementación afectará ciertos derechos existentes y, por lo tanto, no gozará de mucha popularidad, la Directiva 2016/800/EU entraña ciertamente el potencial de introducir cambios importantes . algunos largamente pendientes. para la legislación procesal penal juvenil y las partes interesadas. El ambicioso proceso legislativo sobre el tema será, sin dudas, muy interesante.

Dr Michael Sommerfeld* el ex fiscal ahora trabaja para el Departamento de Justicia y Protección al Consumidor. Él es un especialista en derecho y el sistema juvenil.

Bibliografía

Ostendorf, H. (2016). Jugendgerichtsgesetz. 10th ed., Baden-Baden.

Sommerfeld, M. (2011). nota en Tribunal Regional de Oldenburg - 6 Qs 21/11 . orden del 24 de mayo de 2011. ZJJ 22, 461-464.

Sommerfeld, M. (2015). Von Eigentoren und Spielgestaltern . eine Anmerkung zu Überlegungen für ein sDrittes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes . 3. JGGÄndG (Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen Jugendhilfe und Jugendgericht im Jugendstrafverfahren)%in: T. Rotsch, J. Brün-ing & J. Schady (Eds.), Festschrift für Heribert Ostendorf, 855-871. Baden-Baden.

Sommerfeld, M. (2017a). Was kommt auf den deutschen Gesetzgeber, die Landesjustizverwaltungen und die Justizpraxis zu? . EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, in: Federal Ministry of Justice and Consumer Protection (Ed.), Berliner Symposium zum Jugendkriminalrecht und seiner Praxis. Eine Dokumentation des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. 63-88. Mönchenglad-bach.

Sommerfeld, M. (2017b), Was kommt auf den deutschen Gesetzgeber, die Landesjustizverwaltungen und die Justizpraxis zu? EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind. ZJJ 28, 165-175.

Extremismo de derecha y extremismo islamista en la adolescencia—similitudes, particularidades y conclusiones para la práctica pedagógica **Michaela Glaser**



Desde una perspectiva pedagógica basada en Alemania, una comparación del fenómeno del %extremismo de derecha+ y el %extremismo islamista+en la adolescencia parece válida en dos sentidos: en primer lugar, en el ámbito experto se está debatiendo la transferencia de abordajes para contrarrestar el extremismo de derecha y el extremismo islamista. En segundo lugar, las tradiciones profesionales para el abordaje de estos dos fenómenos se han desarrollado en forma muy diferente. Mientras que el abordaje pedagógico para contrarrestar el extremismo de derecha tiene varias décadas de experiencia, los abordajes preventivos y reintegrativos con respecto al extremismo islamista solo han tenido lugar durante los últimos años. En este sentido, cabe analizar si el abordaje de uno de estos campos puede transferirse al otro campo y en qué medida.

En este marco, realizamos un análisis integral de los hallazgos de las investigaciones disponibles , planteándonos las siguientes preguntas: primero, ¿qué similitudes se pueden establecer entre los dos fenómenos que puedan justificar esta transferencia? Segundo, ¿qué particularidades presentan que requieran abordajes específicos?

El análisis se focalizó en aquellos aspectos que son particularmente relevantes para las intervenciones pedagógicas:

- hallazgos sobre antecedentes biográficos,
- experiencias y motivos de los jóvenes que responden a ideologías y grupos de derecha o islamistas, y
- aspectos de estas ideologías que son particularmente atractivos para los jóvenes.
- No obstante, no se han tenido en cuenta los aspectos relativos a los antecedentes biográficos o las características organizativas del fenómeno.

Los resultados se presentan en forma resumida a continuación. Luego, se formulan algunas conclusiones sobre la práctica pedagógica.

Relevancia de la fase de crecimiento

En primer lugar, es evidente que la adolescencia tiene una relevancia específica. Los jóvenes son particularmente receptivos a las formas de pertenecer y las perspectivas extremistas: según expertos en el área, el acercamiento a ideas de extrema derecha se produce principalmente entre los 13 y 15 años. En promedio, la adopción del extremismo islamista ocurre un poco más tarde, especialmente en la adolescencia tardía y la temprana adultez. La relevancia especial de la fase de crecimiento también se refleja en los focos centrales de atracción identificados por las investigaciones. Por ejemplo, se llegó a la conclusión general de que el contenido ideológico a menudo es solo levemente importante en la fase de acercamiento e incorporación a uno de estos movimientos. A esta altura, lo habitual es que las posturas ideológicas se fundamenten y consoliden solo en un grado leve, conforme a la corta edad de los protagonistas (comp. también Borum 2011).

En contraste, tienen un rol dominante motivos tales como la búsqueda de sentido y orientación, la diferenciación (provocativa), las experiencias límite y .como motivo muy importante. la búsqueda de reconocimiento y pertenencia. Los motivos relevantes son, por lo tanto, aplicables a todos los adolescentes: este período de la vida es uno de desprendimiento de la familia (a veces provocativo y demostrativo) y diferenciación de la generación de los padres, reposicionamiento social, y definición de la propia identidad, incluida la identidad política.

También es una fase a menudo caracterizada por grandes inseguridades. Las posturas y formas de pertenecer extremistas responden a todas estas necesidades proporcionando respuestas claras y simples, un objetivo superior para las acciones propias y un mayor sentido de valía mediante la pertenencia a una comunidad exclusiva.

Experiencias biográficas

Los procesos de desprendimiento e individuación de la adolescencia son, sin embargo, insuficientes en sí mismos para explicar por qué algunos jóvenes se vuelcan al extremismo (mientras que la mayoría, después de todo, no lo hace). Es por esto que también resultan de interés las experiencias biográficas específicas de estos jóvenes y las circunstancias de vida desde las cuales se produce el acercamiento a ideas extremistas.

En primer lugar, se debe mencionar que las vulnerabilidades hacia el extremismo nunca surgen de factores únicos, sino que son el resultado de una interacción de varios factores.

Además, los estudios que indagan más profundamente sobre este tema (que hasta la fecha se han focalizado principalmente en el extremismo de derecha) indican que no se trata de una mera acumulación de condiciones de vida problemáticas y sucesos vitales críticos que generan vulnerabilidad de los jóvenes a las ideologías extremistas. También son de importancia decisiva los modos de interpretación y las habilidades para enfrentar problemas, adquiridos en la socialización, que los jóvenes pueden aplicar para afrontar y procesar estas experiencias.

De todos modos, una visión general demuestra que las experiencias de pertenencia deficiente y una falta de reconocimiento están presentes en muchos casos en los antecedentes biográficos.

Es posible que estos factores deriven de relaciones interpersonales o también de condiciones estructurales (por ejemplo, marginalización, privación relativa). También difieren en cierta medida entre el extremismo de derecha y el extremismo islamista: mientras que en el primero predominan las experiencias individuales de abandono emocional en la familia (Hopf et al 1995; Rieker 1997; Gabriel 2005), exclusión social y fracaso socio-económico (por ej., Marneros/Steil/Galvao 2003; Eckert/Reis/Wetzstein 2000), en el segundo la investigación enfatiza también particularmente la discriminación experimentada en forma más personal y estructural, y también la discriminación percibida indirectamente hacia miembros del propio grupo (comp. Roy 2006). Sin embargo, estos factores se asemejan en el sentido de que generan particular susceptibilidad a las promesas de gratificaciones comunitarias y sociales de los grupos extremistas. En consecuencia, estas

dimensiones sociales también pueden ser identificadas como motivos centrales para volcarse a estos movimientos y como factores de atracción.

La gran importancia de los aspectos sociales también es evidente en otro sentido: las investigaciones sobre los procesos de distanciamiento demuestran que el desencanto con respecto a esta promesa idealizada de comunidad, experimentado en la vida cotidiana del grupo, representa un frecuente motivo para distanciarse del extremismo. Particularmente si el sentido de comunidad era una razón central para unirse, las relaciones sociales alternativas pueden debilitar el apego al grupo y favorecer el distanciamiento. Por el contrario, la falta de relaciones sociales alternativas representa un obstáculo decisivo para abandonar estos grupos.

En último lugar, pero no por ello menos importante, las dinámicas de grupo y lealtades juegan un rol importante en los procesos de radicalización ideológica violenta de los miembros del grupo, incluso entre aquellos miembros que originalmente no se acercaron al extremismo por motivos ideológicos.

Hemos mencionado algunas similitudes fundamentales entre los procesos de vinculación con entornos extremistas de derecha o islamistas que son relevantes para el trabajo pedagógico. A continuación, se mencionan algunas particularidades de estos fenómenos que resultan importantes para la adecuada concepción de abordajes pedagógicos.

Particularidades del extremismo de derecha y el extremismo islamista

Una diferencia esencial es que el extremismo de derecha (a pesar de su sentido de marginalización) se relaciona con una narrativa de los habitantes largamente establecidos y las prerrogativas a las que tienen derecho. Para el extremismo islamista, por el contrario, la narrativa de la discriminación es central, específicamente, la narrativa de la presión global hacia los musulmanes.

En segundo lugar (y en forma directamente relacionada), las dos ideologías difieren en su exclusividad -o inclusividad- como formas de pertenecer. Mientras que el extremismo de derecha define la pertenencia por origen étnico, el extremismo islamista es étnicamente abierto en este sentido: dado que la conversión solo requiere una confesión de fe, está potencialmente abierto a cualquier persona. Es por esto que, por ejemplo, también es atractivo para los migrantes de países no musulmanes (que constituyen una proporción sustancial de los conversos en Alemania).

Otra diferencia reside en el elemento religioso del extremismo islamista y su trascendencia: a diferencia del extremismo de derecha, cuya ideología se considera que tiene trascendencia intermedia, el extremismo islamista, como ideología legitimada por un sistema religioso, tiene trascendencia de largo alcance, y por lo tanto puede funcionar como una fuente de sentido más poderosa.

Una característica del extremismo islamista, conectada con este elemento, es que está orientado a la vida después de la muerte. Incluso está fuertemente regido por normas debido a su interpretación literal del Corán. Este elemento del extremismo islamista puede funcionar como una ayuda para afrontar la vida cotidiana, pero lo hace también más austero. El extremismo de derecha, en comparación, está basado más fuertemente en el mundo de la vida, la cultura juvenil y el hedonismo. En este sentido, las dos ideologías ofrecen diferentes opciones de pertenencia y de conducta, y diferentes formas de darle sentido a la vida. Por lo tanto, también difieren en su atractivo y su capacidad para captar a diferentes grupos sociales.

Además, se puede establecer una diferencia esencial: ambos fenómenos se desenvuelven en el marco de los procesos y las constelaciones de la sociedad, y por lo tanto ambos pueden ser promovidos por la sociedad; no obstante, estas interacciones con las reacciones sociales son muy diferentes, o incluso opuestas.

Por ejemplo, las investigaciones sobre el extremismo de derecha indican que los movimientos y las actividades de extrema derecha pueden verse positivamente reforzadas por la aprobación (supuesta o real) de parte de la población, que puede verse reflejada en un clima social general de hostilidad hacia los migrantes y extranjeros o en el hecho de que se pasen por alto o se toleren los fenómenos xenófobos, racistas y de extrema derecha en la sociedad (comp. Bibouche 2010). En relación con el extremismo islamista, en contraste, los hallazgos hasta la fecha indican que dichos movimientos se ven especialmente impulsados por la polarización de las reacciones sociales, por ejemplo, las respuestas estatales represivas o las tendencias antimusulmanas en la población (comp. Larsson/Lindekilde 2009, Abbas/Siddique 2012).

También se observa el punto de referencia empírico de las narrativas centrales mencionadas: el colectivo de los establecidos contra el colectivo de los musulmanes discriminados (dentro de un contexto de sociedad occidental): los habitantes históricos del mundo occidental, independientemente de su estatus social individual, pertenecen al colectivo etnocultural establecido. En cambio, los inmigrantes de países musulmanes son una minoría que enfrenta

diferentes formas de discriminación como colectivo en la vida cotidiana, independientemente de su ciudadanía.

En la parte final, se esbozan algunas conclusiones acerca de la conceptualización y la realización de trabajo pedagógico reintegrativo orientado a contrarrestar estos patrones de interpretación extremistas y el atractivo de los grupos extremistas.

Elementos comunes y puntos de partida para el trabajo reintegrativo

Una primera conclusión global que surge de los hallazgos empíricos sobre el extremismo de derecha y el extremismo islamista es: los antecedentes y motivos por los que los jóvenes se vuelcan al extremismo son siempre múltiples y diversos. Por lo tanto, los catálogos de criterios estandarizados y las listas de control son poco útiles en este contexto; en cambio, es siempre necesario que los profesionales hagan un análisis profundo y evalúen cada caso individual.

Para lograrlo, el trabajo profesional con estos jóvenes debe determinar cuál es el atractivo y el rol específico que tiene un movimiento extremista en cada caso concreto. Este debe ser el punto de partida para las intervenciones pedagógicas, porque de lo contrario es posible que éstas adopten un abordaje erróneo (por ejemplo, ¿el islamismo fue una forma del joven que delinquiró de desplegar su afinidad por la violencia, o tenía la intención contraria de tomar las riendas de su vida mediante la aplicación estricta de un conjunto de normas fundamentalistas? Es obvio que cada una de estas opciones requiere abordajes muy diferentes).

Según dicho análisis, el trabajo pedagógico debe intentar encontrar soluciones alternativas (equivalentes funcionales) a las que proporciona el grupo o la ideología extremista; alternativas que permitan satisfacer las necesidades de los jóvenes de una forma menos nociva para ellos mismos y para los demás. Estas pueden ser experiencias alternativas de integración a la comunidad y apoyo para la integración laboral, pero también posibilidades alternativas para la interacción social y la exploración de la autoestima.

Además, puede ser recomendable informar al joven acerca de las experiencias biográficas comunes en las personas que se vuelcan al extremismo, para luego repasarlas juntos; en algunos casos, puede ser necesario incorporar asistencia terapéutica para esto.

Por último, es necesario examinar los patrones de interpretación problemáticos y las conductas de resolución de problemas que exhiben estos jóvenes. Para abordar estos factores, puede ser útil transmitir conocimiento, presentando datos, cifras e interpretaciones alternativas, ya que esto puede sembrar semillas de duda sobre las

Verdades incuestionables+ de las ideologías extremistas. No obstante, es importante concentrarse ante todo en estos patrones en sí mismos, promoviendo formas alternativas de interpretar los procesos sociales así como las experiencias problemáticas individuales y transmitiendo estrategias alternativas para lidiar con dichas experiencias.

Todas estas estrategias se han aplicado durante muchos años con un buen nivel de éxito en la promoción del distanciamiento y el trabajo reintegrativo con jóvenes atraídos por el extremismo de derecha o involucrados en movimientos de extrema derecha (comp. Rieker 2009; Möller/Schuhmacher 2015; Glaser, Greuel, Hohnstein 2017).

Por lo tanto, este ámbito profesional puede funcionar muy bien como recurso de aprendizaje para el abordaje pedagógico del extremismo islamista, que está comparativamente menos explorado.

Los desafíos específicos que presenta el extremismo islamista

No obstante, también es evidente que hay un rango de requisitos específicos para lidiar con el extremismo islamista. A continuación presentamos algunos de estos requisitos, que han probado ser relevantes en el trabajo práctico (comp. Glaser/Figlesthler 2016).

Para acceder a los adolescentes y su entorno social, pero también para mantener debates fundamentados, se deben desarrollar y explorar las cooperaciones con líderes religiosos. Actualmente, se encuentra bajo debate y negociación el posible carácter de estas cooperaciones y del trabajo de base religiosa en esta área. Los puntos de este debate son, por ejemplo, los criterios a aplicar en la selección de colaboradores religiosos (en este contexto, se debate en forma particularmente controversial la cuestión de cooperar con islamistas no violentos). También se plantean debates sobre el principio de neutralidad del estado en asuntos religiosos y sobre cuáles son las implicancias de este principio para el trabajo realizado por líderes religiosos con financiación pública en esta área.

Otro aspecto que presenta un desafío específico es la orientación del islamismo hacia la vida después de la muerte: las promesas y amenazas relacionadas con la vida después de la muerte son mucho más difíciles de contrarrestar, ya que no pueden ser invalidadas por la experiencia.

Hay un aspecto específico que actualmente está perdiendo relevancia, pero ha sido altamente relevante en esta área durante años recientes, que es la distancia geográfica de los territorios (anteriormente) controlados por ISIS. En primer lugar, la distancia geográfica, combinada con el fuerte aislamiento y control de quienes viajan allí, hacen que sea más difícil cuestionar y rebatir la propaganda islamista. En segundo lugar, esta distancia geográfica también les presenta a los profesionales la cuestión de cómo continuar en contacto con los adolescentes que se marchan para apoyar cualquier impulso de distanciamiento que puedan experimentar.

También se presentan nuevos desafíos debido al deterioro de ISIS en Siria y la creciente cantidad de adeptos que regresan a los países occidentales: los jóvenes que regresan de estas zonas de batalla en muchos casos necesitarán apoyo para procesar los actos de violencia que puedan haber perpetrado o experimentado y para fomentar su reintegración social. Al mismo tiempo, a la vista de los motivos habitualmente poco claros de aquellos que regresan, las autoridades estatales y el público los consideran posibles riesgos de seguridad, y los oficiales de seguridad muestran mucho interés en ellos. Por lo tanto, la siempre difícil cuestión de la cooperación entre profesionales pedagógicos y de seguridad surge aquí en forma intensificada. Un desafío específico en este contexto se relaciona con el hecho de que ISIS promovió el traslado de familias enteras a sus territorios así como la fundación de familias por parte de sus combatientes para desarrollar y fortalecer el califato+. Por consiguiente, hay una significativa cantidad de niños entre los retornados. Estos niños han tenido una fuerte exposición al adoctrinamiento de ISIS y es probable que estén altamente traumatizados, ya que han sido testigos de violencia y muerte e incluso es posible que hayan sido obligados a cometer actos de violencia ellos mismos (comp. NCTV/AIVD 2017). Se necesitarán esfuerzos especiales para ayudar a estos niños a procesar sus experiencias y a (re)integrarse a la sociedad.

Una particularidad crucial, no menor, proviene del encuadramiento social de estos fenómenos: el discurso social sobre el extremismo islamista en Alemania, al igual que en otros países occidentales, está estrechamente entrelazado con los debates fundamentales sobre la compatibilidad del Islam y la vida musulmana con la sociedad hegemónica, y con la desconfianza generalizada hacia los musulmanes en general. Además, es evidente que en este caso hay una percepción social de riesgo mucho mayor que en el caso del extremismo de derecha; tanto en términos absolutos como en relación con su potencial real para ejercer violencia.

Estas condiciones sociales también tienen influencia sobre las opciones pedagógicas en este contexto. Por ejemplo, el miedo a la estigmatización (o a su profundización) pueden ser una de las razones por las cuales las familias de origen musulmán han sido, hasta la fecha, bastante más difíciles de asistir con servicios de orientación sobre este tema que las familias que no tienen origen musulmán (Glaser/Figlesthler, ibid.).

Además del desafío que implican estos discursos, problematizar la conducta desviada de los adolescentes conlleva el riesgo particular de tener efectos estigmatizadores. Los profesionales pedagógicos que trabajan en este contexto tienen, por lo tanto, la particular responsabilidad de diferenciar cuidadosamente cada caso y de actuar con la debida sensibilidad.

Michaela Glaser tiene un título de grado (M.A.) en ciencias sociales y ciencias políticas. Es investigadora senior del Instituto Alemán de la Juventud (DJI) y directora de proyecto de la Unidad de investigación para la prevención del extremismo de derecha y la radicalización de dicho Instituto. Sus principales áreas de investigación son: extremismo de derecha y extremismo islamista, con especial foco sobre los temas biográficos y relacionados con la juventud; y abordajes pedagógicos para contrarrestar el extremismo violento, con especial foco sobre el trabajo social y el trabajo con jóvenes, estrategias para el distanciamiento y desradicalización, y perspectivas de género. Ha realizado varias publicaciones sobre temas relacionados, y es miembro de múltiples grupos de trabajo y consejos consultivos, por ejemplo, el grupo de expertos de la Comisión Europea sobre la contribución del trabajo con jóvenes para prevenir la marginalización y la radicalización violenta.

Referencias bibliográficas

Abbas, Tahir / Siddique, Assma (2012) Perceptions of the processes of radicalisation and de-radicalisation among British South Asian Muslims in a post-industrial city, social identities, 18:1, PP. 119-134

Bibouche, Seddik (2010): Rechtsextremismus und sein Umfeld: Eine Regionalstudie, in: Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe - ZJJ - Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe. 2/10, S. 151-159

Bohnsack, Ralf/Loos, Peter/Schäffer, Burkhard/Städtler, Klaus/Wild, Bodo (1995): Die Suche nach Gemeinsamkeit und die Gewalt der Gruppe. Hooligans, Musikgruppen und andere Jugendcliquen. Opladen: Leske + Budrich.

Borum, Randy (2011): Radicalization into Violent Extremism I: A Review of Social Science Theories. In: Journal of Strategic Security 4, Nr. 4, S. 7. 36.

Eckert, Roland/Reis, Christa/Wetzstein, Thomas A. (2000): Ich will halt anders sein wie die anderen. Abgrenzung, Gewalt und Kreativität bei Gruppen Jugendlicher. Opladen.

Gabriel, Thomas (2005): Familienerziehung und Rechtsextremismus. Analyse der biografischen Genese rassistischer Deutungs- und Handlungsmuster junger Menschen. Zürich.

Glaser, Michaela, Langner, Joachim, Schuhmacher, Nils (2017a), Right-wing and Islamist extremism among young people. A comparison of attraction and involvement processes, Paper presented at the conference International Dissidence: Rule and Resistance in a Globalized World. Goethe-University Frankfurt/Main, 2-4 March 2017. Conference-Paper.

www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2017/Glaser_Langner_Schuhmacher_Dissidence_2017.pdf

Glaser, Michaela, Langner, Joachim, Schuhmacher, Nils (2017b), Rechtsextremismus und gewaltorientierter Islamismus im Jugendalter. Eine vergleichende Diskussion der Forschungsstände zu Motiven, biografischen Hintergründen und Sozialisierungserfahrungen. in: Möller, Kurt/Neuscheler, Florian (Hrsg.): Wer will die hier schon haben? Ablehnungshaltungen und Diskriminierung in Deutschland, S. 223-241

Glaser, Greuel /Hohnstein 2017 in, Glaser, Michaela/Greuel, Frank/Herding, Maruta/Hohnstein, Sally/Langner, Joachim (2017): Young and radical. Political Violence during Adolescence.

https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2017/young_and_radical.pdf

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Michaela Glaser/Figlesthler Carmen (2016): Distanzierung vom gewaltorientierten Islamismus - Ansätze und Erfahrungen etablierter pädagogischer Praxis. In: ZJJ, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, H.3/2016

Hopf, Christel/Rieker, Peter/Sanden-Marcus, Martina (1995): Familie und Rechts-extremismus. Familiäre Sozialisation und rechtsextreme Orientierungen junger Männer. Weinheim . München.

Marneros, Andreas/Steil, Bettina/Galvao, Anja (2003): Der soziobio-graphische Hintergrund rechtsextremistischer Gewalttäter. In: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 5, 364-372

Möller, Kurt/Schuhmacher, Nils (2014), Soziale und pädagogische Arbeit mit rechtsextrem affinen Jugendlichen. Akteure, Projekte, Ansätze und Handlungsfelder. https://www.migration-online.de/data/bik_netz_pdagogische_arbeit_mit_rechten_jugendlichen_1.pdf

National Committee for Security and Counterterrorism (NCTV)/General Intelligence and Security Service (AIVD) (2017), The Children of ISIS. The indoctrination of minors in ISIS-held territory

Özsöz, Figen (2008): Hasskriminalität. Auswirkungen von Haftbefahrungen auf fremdenfeindliche jugendliche Gewalttäter. Freiburg.

Larsson, G./Lindekilde, L. (2009): Muslim claims-making in context Comparing the Danish and the Swedish Muhammad cartoons controversies. In: Ethnicities 9, S. 361. 382.

Rieker, Peter (1997): Ethnozentrismus bei jungen Männern. Fremdenfeindlichkeit und Nationalismus und die Bedingungen ihrer Sozialisation. Weinheim/München: Juventa.

Rieker, Peter (2009): Rechtsextremismus: Prävention und Intervention. Ein Überblick über Ansätze, Befunde und Entwicklungsbedarf. Weinheim . München: Juventa.

Roy, Oliver (2006): Der islamische Weg nach Westen. München: Pantheon.

Justicia Juvenil en Australia: identificar los problemas para resolverlos

James McDougall



Este artículo analiza las fortalezas, los desafíos y las oportunidades de reforma sistemática de la justicia juvenil en Australia a la luz de las investigaciones públicas críticas que tuvieron lugar, entre las que se incluye el trabajo de la Comisión Real sobre la Protección y Detención de Niños en el Territorio del Norte australiano.

El contexto de la Justicia Juvenil en Australia

El sistema de justicia juvenil es un importante indicador del tratamiento que una sociedad les da a los jóvenes, y frecuentemente se mide su efectividad en términos de cuán limitado es el contacto de los jóvenes con el sistema formal de justicia penal. En Australia, aproximadamente el 96% de los niños y jóvenes no tienen ningún contacto o tienen un contacto muy limitado con el sistema formal de justicia penal. La Federación de Australia comprende ocho estados y territorios (Nueva Gales del Sur, Australia Meridional, Australia Occidental, Victoria, Tasmania, Queensland, el Territorio del Norte y el Territorio de la Capital Australiana). Cada estado y territorio legisla sobre sus propios sistemas de justicia penal y de justicia juvenil y los administra.

En su mayoría, las conductas delictivas en los niños y jóvenes son transitorias y revisten un bajo nivel de gravedad. Por este motivo, se considera que es clave reducir el impacto estigmatizante que tiene el ingreso al sistema de justicia penal en los niños y jóvenes.

En el caso de los jóvenes que cometen delitos que se pueden categorizar como graves, ya sea por frecuencia o nivel de impacto o ambos, todavía tiene vigencia el objetivo del sistema de justicia penal de administrar un castigo apropiado una vez determinada la culpabilidad. Sin embargo, un abordaje más amplio del sistema de justicia juvenil requiere concentrar más la atención, tanto en términos de proceso como de resultado, en la rehabilitación. También se debe poner atención en la inserción y reinserción de los jóvenes a la comunidad cuando resulta necesario.

La detención debe ser una medida de último recurso, y la cantidad de menores que llegan a la detención debería ser una proporción menor al total de los niños que entran en contacto con el sistema de justicia penal. No obstante, la rehabilitación sigue siendo el principal objetivo para este grupo. Deberíamos continuar trabajando para garantizar que los jóvenes que cumplen condenas de reclusión no reincidan o continúen delinquirando en la adultez.

Los principios básicos de los sistemas de justicia juvenil efectivos están bien establecidos. En términos amplios, el sistema de justicia juvenil de Australia se basa en estos principios internacionalmente reconocidos y respetados. La mayoría de los niños y jóvenes son tratados en forma apropiada por el sistema, la cantidad de jóvenes que delinquen se está reduciendo, lo que se considera una medida de efectividad, y la cantidad de jóvenes que cumplen sentencia de reclusión en Australia se mantiene estable y hasta se está reduciendo en algunas áreas del sistema de justicia juvenil.

Desafíos críticos

No obstante, el sistema de justicia juvenil de Australia está enfrentando serias dificultades. El problema más grave es la gran proporción de niños y jóvenes aborígenes y de las Islas del Estrecho de Torres que se encuentran en situación de detención. En promedio, en una noche cualquiera del período 2014-2015, había 480 niños aborígenes u originarios de las Islas del Estrecho de Torres en reclusión en Australia¹⁵. Aunque solo el 5,5 % de los niños de entre 10 y 17 años de edad pertenecen a estas comunidades, representan más de la mitad de los niños detenidos en el sistema de justicia juvenil en cualquier noche.

Como problema relacionado, aproximadamente la mitad de los niños y jóvenes detenidos en todo el país en cualquier momento dado se encuentran a la espera de una sentencia. Esta tasa se ha mantenido relativamente estable en los últimos años, aunque hay marcadas diferencias entre jurisdicciones.

Las condiciones impuestas por los tribunales para la libertad bajo fianza, sumadas a la falta de recursos apropiados y la falta de reconocimiento del principio de detención como medida de último recurso por parte de las legislaturas y, en algunos casos, los tribunales, se combinan para dar lugar a estas inaceptablemente numerosas poblaciones de niños y jóvenes en prisión preventiva.

Finalmente, se ha puesto de manifiesto que no se está prestando suficiente atención a los estándares apropiados de cuidado y administración en los centros de detención de Australia, ya que se ha identificado que no se han cumplido las normas internacionales de derechos humanos en el tratamiento de los niños y jóvenes detenidos.

Respuestas en todo el territorio de Australia

Cada uno de estos problemas está recibiendo algún grado de atención, ya sea a través de los medios, campañas públicas coordinadas o investigaciones públicas iniciadas por el gobierno.

A nivel nacional, se produjo un punto de inflexión en julio de 2016 a partir de la difusión de un episodio de Four Corners, un programa de temas de actualidad de ABC, que documentó situaciones de abuso de niños recluidos en el centro de detención Don Dale en el Territorio del Norte. En este episodio, se mostraban grabaciones de cámaras de monitoreo CCTV de niños mantenidos en reclusión en celdas individuales a los que se les arrojaban gases lacrimógenos y también un video de un niño encapuchado atado a una silla. En respuesta a esta denuncia, a pocos días de difundirse el material, el gobierno australiano creó la Comisión Real sobre la Protección y Detención de Niños en el Territorio del Norte.

En noviembre de 2017, la Comisión Real presentó su informe final. La Comisión llegó a extensas y detalladas conclusiones sobre el insatisfactorio estado de recursos, condiciones y tratamiento de los niños y jóvenes detenidos y sobre el manejo de los centros de detención de menores en el Territorio Norte. Esta calificación comprendía el uso inapropiado del aislamiento y del abuso físico y psicológico y el uso excesivo de la fuerza y elementos de sujeción, sumados a la negación del acceso a la escolaridad y a materiales educativos. La Comisión encontró significativas faltas e incumplimientos de diversas normas internacionales de justicia juvenil y derechos humanos y determinó que los centros de detención de menores en el Territorio del Norte no eran aptos para alojar y mucho menos para rehabilitar a niños y jóvenes+.

La situación del Territorio del Norte no es única. Los análisis recientes de las prácticas de detención de jóvenes en la mayoría de los estados y territorios de Australia así lo confirman.

Después de la denuncia pública de los medios sobre el maltrato a jóvenes en situación de detención en Queensland, el gobierno de dicho Estado anunció en agosto de 2016 que se llevaría a cabo un estudio independiente. El estudio comprendió un análisis de las prácticas, la administración y la supervisión de los dos centros de detención del Estado en Townsville y Brisbane, así como de la efectividad de los

programas y servicios administrados en dichos centros. En abril de 2017 el gobierno de Queensland acordó implementar las 83 recomendaciones del informe tendientes a mejorar las prácticas y los servicios y de este modo abordar de mejor manera la seguridad, el bienestar y la rehabilitación de los jóvenes en condiciones de reclusión.

En Nueva Gales del Sur, el estado más densamente poblado de Australia, el Inspector General de Servicios de Custodia inició una investigación sobre el uso de la fuerza en centros de detención en mayo de 2016. En octubre de 2016, después de que el Defensor del Pueblo del Estado manifestara inquietud por las denuncias sobre períodos prolongados de aislamiento como forma de control de la conducta en los centros de detención, se ampliaron los términos de referencia para la investigación del Inspector General, incluyendo confinamiento y segregación. Además, el gobierno anunció un estudio interno de todas las prácticas de control de conducta en el sistema de detención de jóvenes. Aún no se han dado a conocer las conclusiones de estas investigaciones.

En Australia del Sur, se designó al Defensor de Niños y Jóvenes como Visitante Oficial del centro de detención de jóvenes de Australia del Sur, el centro educativo cerrado para jóvenes Adelaide Youth Training Centre. Mediante esta función, el Defensor podrá realizar un seguimiento más metódico de la calidad de atención, el tratamiento y el control de los jóvenes alojados en el centro. El Defensor ya había identificado el uso del aislamiento como un factor que revestía gran preocupación.

El Inspector General de Servicios de Curaduría de Australia Occidental se refirió en 2012 y nuevamente en 2017 a la necesidad de reformar las prácticas aplicadas en los centros de detención juvenil en este estado que comprende la mayor superficie geográfica de Australia. En un informe más reciente, se refirió a la inaceptablemente alta incidencia de lesiones autoinfligidas entre los jóvenes alojados en el único centro de detención de jóvenes del estado. Encontró significativas deficiencias en la administración del centro, entre ellas, el excesivo uso del aislamiento y elementos de restricción y la denegación de los derechos básicos de ejercicios físicos y cuidados. Recomendó que este centro único fuera reemplazado por varios centros más pequeños con mayor capacidad para satisfacer las necesidades de los jóvenes recluidos.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Durante muchos años el sistema de justicia juvenil de Victoria, el segundo estado en términos de población de Australia, fue el más efectivo en diversos indicadores según los estándares australianos. Victoria es el estado que tiene la menor cantidad de niños de entre 10 y 17 años en situación de detención, la menor tasa de reincidencia entre los niños en Australia y la menor tasa de delincuencia de Australia fuera del Territorio de la Capital Australiana.

No obstante, ahora se sabe que en los últimos años ha habido mucha negligencia en la administración del centro de detención de jóvenes de Victoria. Durante 2016 y ya entrado 2017, los jóvenes alojados en los centros de detención provocaron serios disturbios, entre ellos, el incidente del Centro de Justicia Juvenil de Parkville que culminó con severos daños a las instalaciones del centro con la intervención de las fuerzas policiales de respuesta a incidentes críticos y el traslado de varios adolescentes varones a una sección especial de la prisión regional de alta seguridad para adultos.

En febrero de 2017, el Defensor del Pueblo de Victoria elaboró el tercero de una serie de informes que detallaba problemas en la administración del centro de detención de jóvenes. Poco tiempo después, el Comisionado de Victoria para los Niños y Jóvenes presentó su informe en el que se refería a los niveles inaceptables de aislamiento y encierros rutinarios de niños y jóvenes en los centros de justicia juvenil de Victoria.

El contexto internacional

Se debe señalar que se ha manifestado preocupación por prácticas similares identificadas a nivel internacional. Los centros de justicia juvenil de Inglaterra y Gales han sido fuente de preocupación por el uso de la fuerza y por las pruebas de que los niños se sienten inseguros en estos centros. En Estados Unidos, se han elevado denuncias de abusos sistemáticos en centros de detención de jóvenes desde fines de la década de 1970. En todas las prisiones juveniles de Estados Unidos salvo cinco, se ha encontrado evidencia de maltrato sistémico y recurrente entre 1970 y 2015.

Respuestas nacionales

A pesar de la abundante evidencia existente en todo el país, el gobierno australiano aún no ha identificado a la justicia juvenil como un tema de preocupación de la política nacional.

La Comisión para la Reforma de la Ley Australiana actualmente está llevando a cabo una investigación sobre las inaceptablemente altas tasas de encarcelamiento de aborígenes y pobladores de las Islas del Estrecho de Torres. En su documento de análisis ya ha resaltado la importancia crítica del tratamiento de niños y jóvenes aborígenes y de las Islas del Estrecho de

Torres. Entre los factores que contribuyen a esta situación se señalan no solo las fallas del sistema de justicia juvenil sino también las fallas del sistema de protección infantil, de seguridad cultural y de respuesta a la violencia familiar y a cuestiones de acceso a la justicia en comunidades remotas y rurales. Se presta mayor atención a la operación e impacto de las leyes sobre libertad condicional y a la mayor representación de esta población en los casos de prisión preventiva.

El informe de la Comisión Real para la Protección y Detención de Niños en el Territorio del Norte concentra su atención en las recomendaciones sobre las reformas que resulta necesario introducir al sistema de justicia juvenil en el Territorio. No obstante, pone marcado énfasis en la falta de monitoreo efectivo y cumplimiento de las normas nacionales vigentes para medir el respeto de los derechos humanos y los instrumentos de justicia juvenil. La mayoría de las recomendaciones al gobierno australiano se refieren a la creación de fuentes coordinadas de financiación y marcos de políticas para los programas gubernamentales y servicios a las familias y niños del Territorio del Norte, incorporando los datos aportados por la justicia juvenil y los trabajos de supervisión.

La Coalición *Change the Record* ha hecho un llamamiento al gobierno australiano para abordar los problemas de la justicia juvenil en todo el país. Considera que se necesita contar con un Plan de Acción Nacional para la Justicia Juvenil que comprenda a los gobiernos de todos los estados y los territorios, coordinado por el Consejo de Gobiernos Australianos. Claramente, este tipo de planes requiere un monitoreo más efectivo y con mayor exigencia de cumplimiento que la que ha existido hasta el momento.

Aplicación de los principios internacionales

Australia ya es signataria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contienen disposiciones sobre el tratamiento de los niños y jóvenes privados de su libertad. El artículo 10 del Pacto dice:

Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano

Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la necesidad de brindar a los niños protección especial dentro del sistema de justicia penal debido a su vulnerabilidad al maltrato y la explotación, así como a su relativa inmadurez. Existen numerosos instrumentos internacionales que establecen normas mínimas para el tratamiento de los niños que ingresan al sistema

de justicia penal además de afirmar sus derechos humanos en tales situaciones. Entre ellos, los más importantes son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990 (Reglas de la Habana) y los principios aplicables contenidos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955.

A nivel nacional, los Administradores de Justicia Juvenil de Australasia han adoptado normas mínimas para los centros de justicia juvenil (Normas AJJA, por sus siglas en inglés). Estas normas toman los instrumentos internacionales como base de los requerimientos mínimos para los centros de justicia juvenil .

En 2012, en su estudio regular sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Australia, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (el Comité de la ONU) expresó su preocupación porque, a pesar de sus recomendaciones en estudios anteriores,

el sistema de justicia juvenil de Australia aún requiere reformas sustanciales para adaptarse a las normas internacionales.

En abril de 2016, los Comisionados y Defensores de los Niños de Australia publicaron un informe sobre las prácticas aplicadas en los centros de detención de jóvenes que plantean problemas de derechos humanos, tales como el uso de regímenes disciplinarios, métodos de restricción, aplicación de fuerza, cacheo, confinamiento y segregación. El informe intentó mejorar la comprensión sobre el uso de dichas prácticas, examinar las normas de derechos humanos aplicables y recomendar mejoras. Las recomendaciones también se refirieron al personal, incluida su capacitación y selección, y sugirieron la necesidad de llevar a cabo controles más sistemáticos, entre ellos, monitoreos y programas de supervisión independiente.

Monitoreo y cumplimiento efectivos

En el marco de un sistema político federado tan complejo, el monitoreo y cumplimiento en Australia resultan críticos. Es evidente la necesidad de concientización sobre las normas internacionales de derechos humanos. El cumplimiento de las normas es prácticamente accidental, y se han identificado incumplimientos en todas las áreas de la justicia juvenil de Australia.

Por ejemplo, hay una falta generalizada de mecanismos de rendición de cuentas en el monitoreo y la regulación de la discrecionalidad que se les permite a los agentes de custodia para abordar las faltas disciplinarias cometidas por los menores en situación de detención. En algunas jurisdicciones australianas no se les permite a los niños acceso a representación legal en las audiencias formales por faltas disciplinarias y, como norma, hay muy poca reglamentación formal sobre las medidas disciplinarias en los centros de justicia juvenil⁶⁷.

En la mayoría de las jurisdicciones, si un niño comete lo que podría considerarse un delito dentro de un centro de detención, se lo puede abordar formal o informalmente dentro del centro o se lo puede acusar de un delito penal. Claramente, la decisión de tratar las infracciones como cuestión disciplinaria o penal puede tener serias consecuencias para los niños.

El uso de elementos de restricción, las prácticas de aislamiento y el uso de la fuerza sin autorización legal o con un nivel excesivo o innecesario de fuerza pueden constituir actos de agresión o simulación de encarcelamiento. Los cacheos, especialmente los cacheos al desnudo, con su consiguiente impacto sobre la privacidad e integridad corporal podrían ser considerados, si se llevan a cabo sin autorización, agresión dolosa.

Sin un mantenimiento adecuado de registros, mecanismos efectivos para la presentación de denuncias y seguimientos regulares, estas prácticas frecuentemente rutinarias en los centros de detención continúan desreguladas en la práctica.

Para garantizar el cumplimiento de las leyes y normativas relevantes y el cumplimiento de las normas de derechos humanos, los centros de detención deberían ser visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas designadas por una autoridad competente, independiente de la autoridad responsable de la administración del centro de detención , a la cual le deberían rendir cuentas.

La autoridad independiente debe poder poner el foco en los problemas institucionales sistémicos en los centros de detención, y debería tener amplias facultades para obtener y utilizar información que le permita analizar las condiciones de detención y presentar informes. El trabajo de dicha autoridad debe ser complementado por visitantes independientes de la comunidad que puedan recibir pedidos y denuncias en forma individual y actuar en consecuencia.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Según se establece en el informe del Comisionado y Defensor de los Niños de Australia actualmente las inspecciones son en general llevadas a cabo por Visitantes Oficiales, por la oficina del Defensor del Pueblo y por otros organismos independientes del centro o de la agencia gubernamental. Sin embargo, hay diferencias según las jurisdicciones respecto de las cualificaciones que deberían tener los visitantes. En general, todas las personas que participen de la supervisión deberían contar con experiencia en justicia juvenil y tener conocimiento de las necesidades y los derechos de los niños en el marco del sistema judicial.

Debería haber disposiciones especiales para que los niños alojados en centros de detención puedan presentar denuncias individuales y hacer el debido seguimiento. Todo niño debe tener derecho a peticionar o presentar denuncias sin ser censurado, tanto ante la administración central como ante una autoridad independiente, y recibir una respuesta sin demoras injustificadas.

El acceso a asesoramiento para presentar denuncias, y patrocinio legal cuando resulte necesario, son importantes para los niños detenidos. Esto debe incluir orientación clara sobre sus derechos durante la detención y disponibilidad, tanto para los niños que se encuentran en prisión preventiva como para aquellos que están cumpliendo una sentencia.

Oportunidades de mejora a nivel nacional

El gobierno australiano ha decidido ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT, por sus siglas en inglés). Este protocolo dispone la inspección de los centros de detención por parte del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y crea un Mecanismo Nacional Independiente para la Prevención, al que le asigna la responsabilidad de llevar a cabo inspecciones en todos los centros de detención.

Se espera que dicho Mecanismo Nacional de Prevención brinde la oportunidad de desarrollar en forma coordinada medidas apropiadas para el monitoreo y mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento en todos los sistemas de justicia juvenil y en todos los centros de detención de jóvenes de Australia.

La Comisión Real sobre el Territorio del Norte ha llamado la atención sobre las Normas de los Administradores de Justicia Juvenil de Australasia. Estas Normas deben ser revisadas, fortalecidas y ampliadas para crear sistemas de justicia juvenil que promuevan la rehabilitación, la creación de mecanismos alternativos al sistema formal de justicia y el uso de la detención como medida de último recurso. Las Normas deben reflejar en forma más abarcativa los principios relevantes de los derechos del niño y los derechos humanos y los principios internacionales de justicia juvenil, y reforzarlos.

Cada estado y territorio debe contratar y dotar de recursos adecuados a autoridades independientes a fin de que puedan monitorear y garantizar el cumplimiento de las Normas. Estas autoridades deben estar cualificadas, contar con experiencia en los principios relevantes de justicia juvenil y tener conocimientos sobre el desarrollo de los niños.

Las Normas y su implementación deben ser revisadas en forma regular a nivel nacional por un organismo como la Comisión de Derechos Humanos de Australia bajo la guía del Comisionado de los Niños de Australia. La Comisión debe contar con suficientes recursos y apoyo para lograrlo.

Conclusión

En línea con las normas internacionales, la justicia juvenil de Australia deber basarse firmemente en las medidas alternativas a la detención, considerando a la detención como medida de último recurso para los niños. Se les debería dar prioridad a las prácticas tales como advertencias, avisos, sanciones y conferencias comunitarias para los grupos de niños que están sobrerrepresentados en la justicia y, más particularmente, para los que son destinados a centros de detención.

A los niños en condiciones de detención se les debería prestar especial protección ya que tienen necesidades complejas. Estos niños merecen un sistema de justicia juvenil que no incremente ni perpetúe su experiencia de trauma y abuso. En la tarea de planificar el control de la conducta y la seguridad en los centros de justicia juvenil de Australia se debería demostrar una clara consideración por la vulnerabilidad de estos niños.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Los sistemas de justicia cumplen un propósito doble, por un lado impartir confianza a la comunidad de que los niños y jóvenes están aprendiendo el valor de un sistema de derecho y orden, y también dar apoyo y rehabilitar a los jóvenes para asegurar que se reintegren a la comunidad de manera positiva y productiva.

Los sistemas de castigo deben construirse sobre la base de la evidencia de qué es lo que resulta efectivo para lograr esos dos propósitos. Cualquier período de detención debe servir para dar contención, educar y rehabilitar a los jóvenes que delinquen y tratar de mitigar los factores que podrían exacerbar las vulnerabilidades preexistentes.

Todas las prácticas aplicadas en los centros de detención que implican procedimientos invasivos o de restricción deben utilizarse en la menor medida posible y con respeto por la dignidad de los niños, quienes deben contar con suficientes recursos para denunciar malos tratos y prácticas inadecuadas ante una autoridad independiente. También debería haber sólidos mecanismos internos y externos que garanticen que todas las

denuncias y quejas se investiguen en profundidad.

En Australia la justicia juvenil es un problema de política nacional que requiere un sistema nacional de monitoreo y cumplimiento efectivos basado en las normas internacionales.

James McDougall es un reconocido defensor de los derechos del niño, experto en políticas y consultor de Australia, y ha estado a cargo de diversos servicios nacionales y del estado, entre ellos, el Centro Nacional de Derecho Infantil y Juvenil y la Asociación Nacional de Centros Legales de la Comunidad. Se desempeñó como Director de Promoción de Save the Children Australia. Más recientemente, James trabajó en la Comisión para los Niños y Jóvenes de Victoria. Es miembro del Comité de Dirección del Grupo de Trabajo Australiano sobre los Derechos del Niño y brinda asesoramiento estratégico y técnico para el desarrollo del informe de las ONG al Comité sobre los Derechos del Niño.



Según las fuentes más fiables, la pena de muerte sigue siendo decretada y aplicable, en al menos 13 países, a los adultos condenados por delitos cometidos siendo menores de edad. La cadena perpetua está explícitamente prevista, o implícitamente posible, para los niños en 68 países. Esta situación de hecho, muestra que los países en cuestión están violando los artículos 6 y 37 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), que todos ellos han ratificado y sin embargo exige el derecho a la vida y que prohíbe la pena de muerte y la prisión de por vida.

En muchos casos, la pena de muerte se impone después de procedimientos judiciales que revelan deficiencias más o menos graves: determinación arbitraria de la edad debido a la falta de documentos fiables o sustitución de identidad, documentación incompleta, elaborada o perdida, ausencia o insuficiencia del dossier social, confesiones obtenidas bajo coacción, a veces al final de una detención preventiva de varios meses o años, presiones ejercidas sobre el tribunal, defensa legal insuficiente o inexistente, referencia al derecho consuetudinario o religioso, no reconocimiento de discapacidades físicas y mentales, sentencia basada exclusivamente en la noción de "*merecer la muerte*" (juicio indemostrable), etc. En todos los casos de incumplimiento del procedimiento legal, la vulnerabilidad y la incapacidad de un menor para defenderse son factores agravantes para los autores de las prevaricaciones contra los sospechosos.

La mayoría de las condenas a muerte dicen responder a los crímenes más graves: asesinato, violencia sexual, etc. Pero la gama de incriminaciones se está ampliando en algunos países: condenar a un menor a la pena capital por blasfemia, por participar en una manifestación considerada como "*crimen contra la seguridad del Estado*", o por tráfico de drogas (en cuyo caso, el menor solo puede ser un "subalterno" manipulado o restringido) son incriminaciones absurdas frente al niño que tiene una capacidad relativa para comprender, expresarse o defenderse.

En el momento de ratificar la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ciertos países aplicando estas sentencias emitieron "Reservas" de carácter general, formuladas de la siguiente manera: "*Las disposiciones de la Convención se interpretarán a la luz de los principios derivados de las leyes y valores (religioso o consuetudinario)*". Cualquier país tiene el derecho legal de formular Reservas sobre un artículo particular de una Convención. Pero, una ratificación acompañada de una reserva general, ¿no sería contraria a los fines y al objeto de una Convención, despojada así de su contenido? Privada de toda obligación de ser cumplida, no es más que una mera declaración internacional: las ejecuciones se convierten en asesinatos de Estado, con impunidad internacional.

Además, el argumento de la diversidad cultural, el apoyo de la opinión pública y el llamado efecto disuasivo de la pena de muerte se utilizan con frecuencia como pretextos para justificar una política penal cada vez más represiva, a expensas de los principios fundamentales de la justicia juvenil restaurativa, incluso para los delitos más graves, e incluso en situaciones de conflicto armado: consiste en afirmar la absoluta certeza de que un ser humano en desarrollo debe tener la oportunidad de enmendarse. La cadena perpetua (con o sin posibilidad de liberación) y la pena de muerte no aportan ningún beneficio a la comunidad, excepto la mera ilusión de una mayor seguridad. Como dijo Mahatma Gandhi: "*Ojo por ojo y el mundo acabará ciego*". Si la ley civil prohíbe a un joven menor de 18 años votar, ver ciertas películas, casarse o abrir un negocio, porque no ha alcanzado la plena madurez de un adulto, "¿con qué derecho" debería estar sujeto a sanciones penales aplicables a los adultos, especialmente frente a la pena de muerte o cadena perpetua?

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En conclusión, la asociación *Vivere* pide a todos los países involucrados que declaren una moratoria sobre la aplicación de la pena de muerte y la cadena perpetua para los menores en el momento de los hechos que se le imputan. La protección de la infancia es, en cierto modo, un elemento de la soberanía de un país: un Estado no puede ponerse en una contradicción inconsistente: llamarse a sí mismo el protector a cargo del "interés superior del niño" y al mismo tiempo ser el verdugo de un ser humano, menor de edad en el momento de los hechos.

No se trata de privilegiar una categoría de la población sobre otra: la lucha contra la pena de muerte es un principio inalienable, lo que supone que no hay diferencia entre los seres humanos. Pero la abolición de estas dos penas aplicadas a menores debe ser un paso hacia la abolición legislativa explícita de estas dos sentencias en el Código Penal General. Debe ser el resultado de una voluntad política, aunque solo sea para ir en la dirección de la historia.

Bernard Boëton - *Vivere* - www.vivere.ch
Email: bernard.boeton@vivere.ch

Reforma de la Justicia Juvenil Italiana

Joseph Moyersoén



Creo que este es un gran ejemplo de trabajo de cabildeo en equipo, que tuvo al frente a muchos actores relevantes, entre ellos, la Asociación Italiana de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF), en primer lugar su Presidente, Francesco Micela. Quiero compartir con ustedes lo que escribió en su mensaje dirigido a los miembros de AIMJF: «la legitimidad de los argumentos, la capacidad de crear redes y la tenacidad han ganado».

Pudimos ver en Italia una gran cantidad de reacciones a favor de la reciente decisión del Ministro de Justicia de no insistir sobre esta reforma. También fue una oportunidad para entender que el sistema de justicia juvenil puede y debe ser reformado, pero mediante una reforma que acentúe sus fortalezas y subsane sus debilidades sin abolir los tribunales juveniles y los fiscales juveniles. Por esta razón, sería adecuado, por ejemplo, conformar un grupo de trabajo que realmente incluya a «todos los profesionales especializados reuniendo la opinión y experiencia de aquellos que, desde diferentes roles, trabajan en el ámbito de la justicia juvenil», según se expresa en el último comunicado de prensa difundido por la asociación de abogados National Union of Children Chambers.

Una petición en contra de la reforma superó las 26.200 firmas en poco más de un año y una apelación fue suscripta en unos pocos días por más de 300 personalidades de la cultura, la justicia y la economía, y no solo de nacionalidad italiana (por ejemplo, Avril Calder y Jean Zermatten).

Quiero agradecerles a todas las personas que, a nivel nacional e internacional, han contribuido activamente a persuadir al Ministro de Justicia a cambiar de rumbo y frenar esta reforma antes de que provoque graves daños.

Joseph Moyersoén es el último presidente inmediato de AIMJF.

Tengo el placer de informarles que el Ministro de Justicia italiano Andrea Orlando finalmente aceptó suprimir la parte del proceso civil propuesta en el proyecto de ley N° 2284 que dispone la abolición de los tribunales juveniles y los fiscales juveniles en Italia y la transferencia de sus funciones a secciones especializadas de los Tribunales de Adultos.

El Ministro de Justicia Andrea Orlando ha abandonado el propósito de llevar adelante esta injustificada reforma que, les recuerdo, ha sido criticada por todas las categorías de profesionales especializados que trabajan dentro del sistema de justicia juvenil de Italia (jueces ordinarios y juveniles, jueces profesionales y honorarios, fiscales, abogados, trabajadores sociales, psicólogos, educadores, y me disculpo si olvido alguna). Solo un par de asociaciones de abogados . focalizadas principalmente en asuntos civiles de familia más que en asuntos penales, civiles y administrativos de familia- con el posterior respaldo del Consejo Nacional Judicial, abogó hasta último momento para que se incluya esta reforma.

Perspectivas judiciales sobre la toma de decisiones centrada en los niños en Inglaterra y Gales: desafíos y oportunidades

David Lane



Introducción

Este artículo está basado en entrevistas de investigación personales con 30 jueces de Inglaterra y Gales que trabajan en el sistema público de infancia, ocupándose principalmente de las solicitudes de guarda y adopción en Inglaterra y Gales. Los antecedentes, los objetivos del estudio y el abordaje metodológico de la investigación se reseñaron en un breve artículo en la edición previa de la Crónica.

En primer lugar, proporcionaremos un breve resumen de los antecedentes históricos del concepto de abordaje centrado en los niños y luego analizaremos el marco dentro del cual se toman las decisiones refiriéndonos a las convenciones internacionales y el derecho público relativo a la infancia en Inglaterra y Gales. A continuación, analizaremos las perspectivas de los jueces sobre la toma de decisiones centrada en los niños y los desafíos y las oportunidades inherentes al proceso judicial. Destacaremos dichas perspectivas mediante el uso de citas directas de las entrevistas con los jueces. Cabe señalar que este artículo, debido a las limitaciones de espacio, proporciona solo un atisbo de las perspectivas de los jueces sobre la toma de decisiones centrada en los niños.

Breve reseña histórica del concepto de abordaje centrado en los niños

El término «centrado en los niños» tiene su origen en el área de la educación inicial. Fue utilizado por primera vez por Froebel en 1826 en relación con la educación inicial en los Estados Unidos, aludiendo a colocar al niño en el centro de todos los aspectos de su propia vida, de modo que el niño viera todo en relación consigo mismo únicamente. Chung y Walsh, en su investigación sobre el concepto de abordaje centrado en el niño en relación con la educación inicial en los Estados Unidos, descubrieron que había un gran debate sobre qué constituía la naturaleza del abordaje

centrado en el niño. Los autores destacan una serie de percepciones sobre el concepto manifestadas por diversos grupos involucrados en la educación inicial a lo largo de los años, entre otras, aprendizaje basado en los intereses del niño, participación de los niños en las decisiones relativas a su aprendizaje, énfasis en las etapas de desarrollo del niño y el desarrollo del potencial individual. No obstante, generalmente, a pesar de las diferentes percepciones, en todos los casos se colocaba en el centro del sistema la experiencia propia del niño sobre su mundo, y esto era visto como un elemento esencial del abordaje centrado en el niño. Sin embargo, Chung y Walsh, en su averiguación sobre la historia del concepto de abordaje centrado en el niño, plantearon la pregunta: ¿el niño es el centro de qué? En el marco de esta investigación, exploraremos y analizaremos este tema a través de las respuestas de los jueces, la legislación vigente, las políticas y las directrices oficiales, así como la bibliografía y los estudios de investigación relevantes, todos los cuales reflejan la realidad de la posición del niño dentro del sistema de derecho público relativo a la infancia. Aunque este elemento esencial del abordaje centrado en el niño emergió a principios del 1800, la legislación actual, la bibliografía y las investigaciones continúan señalándolo como uno de los elementos fundamentales que deberían conformar la base sobre la cual se toman las decisiones centradas en los niños tanto en el sistema de protección infantil como en los procesos de derecho público relativo a la infancia.

Colocar la experiencia propia del niño sobre el mundo en el centro de los procesos decisorios y aceptar ese abordaje como un elemento esencial del proceso decisorio centrado en los niños se ha tornado parte integral del lenguaje de los derechos del niño y la justicia adaptada a los niños.

Marco de la toma de decisiones centrada en los niños

En el derecho público relativo a la infancia en Inglaterra y Gales, el principio de supremacía del interés superior del niño, contenido en el artículo 1(1) de la Ley de niños de 1989, es aceptado por los jueces y abogados y por los profesionales en cuidado infantil del área, entre ellos, trabajadores sociales y tutores de niños, como principio rector que debería guiar y fundamentar todas las decisiones tomadas por el tribunal en relación con el bienestar de un niño.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La Ley establece que:

Cuando un tribunal toma una determinación con respecto a:

- (a) la crianza de un niño; o
- (b) la administración de los bienes de un niño o la aplicación de cualquier ingreso proveniente de dichos bienes,

el bienestar del niño deberá ser la consideración primordial del tribunal

El objetivo del principio de supremacía del interés superior del niño es colocar al niño en el centro de los procedimientos y constituye la base del abordaje centrado en el niño dentro de nuestro sistema actual de derecho público relativo a la infancia. Además de este principio, existe la lista de control de bienestar que incluye una serie de áreas que se deben tener en cuenta al evaluar el bienestar e interés superior de los niños, entre ellas, los propios deseos y sentimientos del niño.

El artículo 12 de la CDN establece que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional

En relación con el artículo 12, el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño afirma que:

Los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

El Comité le asigna una gran importancia al hecho de que el niño pueda participar en el proceso decisorio, ya que el resultado de éste afectará su vida. El Comité afirma que dicha participación no debe ser momentánea, sino que debe ser significativa, intensa y continua a lo largo de todo el proceso.

En cuanto a los niños vulnerables que necesitan protección en relación con el estatus de sus derechos, el Comité de la ONU establece claramente que el derecho del niño a ser protegido del maltrato y el abandono no relega sus demás derechos a una posición subordinada. El derecho a ser escuchado y participar en los

procesos decisorios en forma significativa e intensa, tal como lo establece el Comité de la ONU, y el derecho a expresar sus propios deseos y sentimientos a lo largo de dichos procesos no deberían ser considerados menos importantes que su necesidad y derecho de ser protegido. Según el Comité de la ONU, los Estados partes deben presumir que los niños tienen la capacidad de formarse una opinión y los niños no deberían tener que probar primero que tienen esa capacidad. El artículo 12 no especifica ningún límite de edad, y el Comité de la ONU recomienda a los Estados partes no introducir límites de edad en su legislación. Para el Comité de la ONU, los niños siempre deberían ser colocados en el centro de los procesos y sistemas que producen decisiones sobre sus vidas. De todos modos, escuchar las opiniones de los niños no es suficiente para caracterizar a un proceso como proceso centrado en los niños. También se les debe prestar real consideración a sus opiniones. Un instrumento relevante para esta investigación son las directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños que, reflejando el abordaje adoptado en la Observación general 12, previenen contra una aplicación meramente simbólica del artículo 12 de la CDN. En relación con los procedimientos para escuchar a los niños, el Consejo de Europa describe los elementos esenciales que deben caracterizar a los procesos judiciales adaptados a los niños: deben ser transparentes (para el niño) e informativos, voluntarios, respetuosos, relevantes, accesibles para los niños, inclusivos, deben estar a cargo de profesionales idóneos, seguros y sensibles al riesgo, y, por último, rendir cuentas (al niño). Tanto el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño como el Consejo de Europa destacan la importancia de que los derechos del niño sean accesibles, para que los niños puedan ejercer sus derechos. La decisión de ejercer o no los derechos del niño debe depender exclusivamente del niño, que no tiene ninguna obligación de hacerlo.

Las directrices adoptadas y ratificadas por la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (AIMJF) presentan un abordaje global con respecto a los niños que están en contacto con el sistema judicial. Las directrices están basadas en los derechos del niño, según se describen en la CDN y en las directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños. Dentro de estas directrices, se reconoce a los niños como sujetos de derecho y no como objetos cuyos derechos están en segundo lugar con respecto a los de los adultos. Uno de los principios fundamentales de las directrices es el derecho a ser tratados en conformidad con el estado de derecho, que debe reconocer a los niños como sujetos de derechos sustantivos y procesales. En cuanto al deber de

asegurarse de que los niños estén informados sobre lo que está sucediendo en los procedimientos judiciales, el principio 8 de las directrices establece que los jueces deben mostrar sensibilidad y comunicarse con el niño y, de hecho, con todas las partes, de una manera adaptada a su nivel de comprensión. La AIMJF considera que este principio es aplicable a todos los funcionarios y profesionales judiciales involucrados en los procedimientos. Las directrices destacan la necesidad de un abordaje centrado en los niños, tanto a lo largo de los procedimientos como durante los procesos que derivaron en dichos procedimientos. Estas directrices complementan las directrices del Consejo de Europa ya que ofrecen mayor claridad para los jueces y magistrados acerca de la forma de llevar a la práctica los principios que rigen los derechos del niño.

En cuanto a Inglaterra y Gales, el Consejo de Justicia de Familia publicó directrices para jueces que se reúnen con niños que describen buenas prácticas en el ámbito del derecho público relativo a la infancia. En dichas directrices, el Consejo explica por qué las reuniones con los jueces son importantes para los niños: su principal objetivo es ayudar a los niños a sentirse más involucrados en los procesos que los afectan y tener la tranquilidad de que el juez ha comprendido sus deseos y sentimientos. Las directrices dejan claro que el objetivo de una reunión entre un niño y un juez no es recabar evidencia, ya que ese rol les corresponde al tutor del niño y al trabajador social asignado por la Autoridad Local a cargo del niño. El Consejo enfatiza que la responsabilidad de tomar la decisión final es del juez y no del niño.

No obstante, es real que existe cierta tensión entre el artículo 12 (el derecho del niño a expresar sus opiniones) y el artículo 3 (el interés superior del niño) de la CDN. En esencia, se trata de una tensión entre el bienestar del niño y su derecho a participar en las decisiones que se toman sobre su bienestar. Es necesario encontrar un equilibrio entre la protección del niño y el respeto de su derecho a expresar sus opiniones, tema que es abordado por el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño. En la Observación general 12, el Comité establece que el artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión). En el sistema del tribunal de familia tal como se encuentra constituido actualmente en Inglaterra y Gales, dicha tensión se resuelve a favor del bienestar del niño y mediante la participación indirecta de los niños en los procedimientos a través de sus tutores.

Perspectivas de los jueces sobre la toma de decisiones centrada en los niños

Carol Smart señala que poder expresar nuestra opinión sobre los asuntos que nos afectan es considerado un derecho humano básico en las sociedades desarrolladas y plantea si es posible que haya una participación efectiva sin el derecho a expresar la opinión propia y sin un entorno en el cual se pueda expresar dicha opinión. Los hallazgos de la revisión del sistema judicial de familia determinaron que los tribunales eran lugares atemorizantes e intimidantes para los niños. Las perspectivas de los jueces que participaron en la investigación reflejan un consenso general en cuanto al hecho de que los tribunales no están diseñados para los niños y no son lugares amigables para ellos. Por lo tanto, es difícil encontrar un espacio dentro del sistema en el cual los niños puedan expresar su verdadera voz. A pesar de esto, los jueces mostraron predisposición a la idea de convertir a los tribunales en lugares más abiertos y adaptados a los niños.

Dixon y Nussbaum ponen mucho énfasis en las oportunidades para el desenvolvimiento y la elección de los niños en cualquier ámbito en que se encuentren y establecen que todos los seres humanos poseen igual e inalienable dignidad humana, independientemente de sus logros, talentos o potenciales. La perspectiva de Dixon y Nussbaum está bien resumida en el siguiente fragmento de una de las entrevistas judiciales de esta investigación, que captura la verdadera esencia y el espíritu de la participación centrada en los niños en la práctica:

«Incluso los niños que tienen discapacidades realmente graves, que tal vez no pueden comunicarse de otra manera que no sea parpadeando o tocando a su interlocutor, tienen una perspectiva, y aunque simplemente quieren estar presentes, aunque solo sea para ver qué aspecto tiene el juez, para asegurarse de que no tiene dos cabezas, es realmente importante que puedan hacerlo» (*juez de tribunal de condado*).

Los jueces que participaron en la investigación reconocieron el problema de que los procesos y procedimientos judiciales obstaculicen el abordaje centrado en el niño.

«Lo único que me preocupa de todo esto es que se ha tornado demasiado legalista en algunos aspectos. (...) Me pregunto si en realidad hicimos que el proceso se torne mucho más legalista que centrado en el niño en sentido amplio, de modo que nos preocupamos tanto por las normas y las medidas procesales que el niño pasa a segundo plano. Creo que nos involucramos tanto en el proceso en sí mismo que a veces nos olvidamos del niño. Todos estamos

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

haciendo lo mejor para el niño, pero el niño debe sentirse bastante marginado con frecuencia porque solo se le informa lo que sucedió+ (*juez de tribunal de condado*).

A continuación compartimos una cita relevante y esclarecedora de un juez de tribunal de condado que describe en forma resumida la realidad del sistema de derecho público vigente:

En los procedimientos de derecho público nos focalizamos en el niño. Creemos que sabemos qué es lo mejor para el niño, entonces nos focalizamos en lo que hacen mal los adultos. Mi percepción sobre nuestro pensamiento profesional es que por lo general mantenemos a los niños lo más alejados posible, y creemos que lo hacemos por su propio bien. La idea de inclusión, rendición de cuentas y transparencia está mediada por el tutor del niño de otras maneras indirectas, no forma parte de la estructura del tribunal+ (*juez de tribunal de condado*).

Las perspectivas judiciales anteriores presentan al concepto de justicia centrada en el niño como algo lejano al tribunal y como un área que corresponde al dominio del tutor del niño y el trabajador social asignado por la Autoridad Local a cargo del niño en lugar de constituir parte integral del proceso legal y el sistema en sí mismo. No obstante, para Stalford y Hollingsworth, asegurarse de la voz del niño sea escuchada (o) le transmite al niño que sus opiniones son dignas de ser escuchadas, un aspecto de la función de reconocimiento de los derechos, y refuerza la dignidad, la autonomía y el estatus del niño como titular de derechos (o) q. Por otro lado, Willow considera que la voz del niño debería estar en el centro del sistema, ya que los niños son fuentes de información fundamentales con respecto a su situación dentro de la familia y el impacto que tiene el proceso en sus vidas. Escuchar a los niños en el marco de plazos centrados en los niños fue ampliamente señalado por los jueces participantes como un elemento esencial del abordaje centrado en los niños:

El tiempo para los niños es muy diferente que para los adultos. ¿Cuántas veces me iré a dormir sin saber a donde estaré mañana? Como digo en el tribunal: ¿qué sentirían si no supieran en qué lugar vivirán la próxima Navidad? ¿Cómo creen que se sentirían si no supieran en qué lugar harán amistad con la niña que se sienta a su lado, a qué escuela irán, dónde vivirán el año próximo, si deberían colgar fotografías en las paredes o no porque no saben si se quedarán donde están? ¿Para qué poner energía en ese hogar, esos amigos, esas personas? ¿No se sentirían frustrados si vivieran en esa clase de limbo? Esa es la palabra clave: limbo. ¿Cómo piensan que se

sentirían?+ Los niños se ven perdidos en la decisión, se ven desesperadamente perdidos (juez de tribunal de condado).

Los jueces que participaron en esta investigación identificaron la necesidad de que el sistema jurídico sea transparente y rinda cuentas ante los niños, pero muchos ven esta área como dominio de los tutores y los trabajadores sociales de la Autoridad Local a cargo, aunque también reconocen que ni los tutores ni los trabajadores sociales de los niños tienen el tiempo suficiente para desempeñar su rol en forma adecuada en relación con estas áreas. La primacía del bienestar y el interés superior del niño es vista por los jueces como el principio central que sustenta el sistema de derecho público relativo a la infancia. No obstante, consideran que su rol en la aplicación de este principio en la práctica es un tanto remoto, ya que son los tutores y trabajadores sociales quienes tienen la responsabilidad de mantener a los niños informados y actualizados acerca de los procedimientos que los afectan y de ser los ojos y oídos tanto del niño como del tribunal, asegurándose de que el tribunal esté al tanto de los deseos y sentimientos del niño, aunque sea a la distancia. Los jueces reconocen que el sistema en sí mismo, con sus normas complejas y sus procedimientos y cronogramas centrados en los adultos, tiene prioridad con respecto a la realidad de los niños y su necesidad de sentirse parte de un sistema que está tomando decisiones tan importantes sobre sus vidas.

La siguiente cita de un juez de tribunal de condado ofrece una idea más profunda sobre su forma de mantener a los niños en el centro de las decisiones que toma:

Con mucha frecuencia les digo a los padres: ¿Cómo será para los niños cuando decimos 6 semanas para esto, 3 meses para aquello? Para los niños es difícil irse a dormir todas las noches con este panorama en su mente+. Creo que si estuvieran más íntimamente involucrados en el proceso, y protegidos por el proceso, sería más saludable para ellos. Desde el punto de vista de su bienestar y sus propios derechos, creo que deberían estar involucrados.

o Cuando tengo que tomar una decisión en un caso reñido, en el cual puedo entender los fundamentos de ambas partes, ¿cómo tomo la decisión? Imagino físicamente, mentalmente, que los niños están aquí conmigo, y cuando los miro, me ayuda a focalizarme y hace que sea más fácil tomar la decisión, porque más allá de lo que digamos y aunque digamos con frecuencia que se debe prestar consideración primordial a los intereses y el bienestar del niño, es fácil perderlo de vista en medio de la naturaleza contenciosa de los procedimientos judiciales+.

Para otro juez de tribunal de condado, las raíces históricas de los procedimientos han contribuido significativamente a mantener a los niños distanciados del proceso, por su naturaleza centrada en los adultos y las actitudes de los profesionales:

En cuanto a la participación de los niños, creo que todo el proceso judicial está muy centrado en los adultos. La forma en que trabajan los profesionales, que refleja lo que decía hace mucho tiempo Butler-Sloss sobre los niños, que son el objeto de preocupación en lugar del sujeto del proceso, ya que si realmente fueran el sujeto, nos estaríamos preguntando cómo hacer para involucrarlos en el proceso. No hacemos eso, sino que casi todo el proceso consiste en adultos reunidos en salas hablando y decidiendo sobre el niño. Hay una tendencia histórica y quizás natural a no pensar en la posibilidad de involucrar al niño y simplemente informarle lo que está sucediendo sin necesidad de que el niño esté presente. Es un abordaje más perezoso, y consiste en adultos lidiando con otros adultos. Parte de la estructura es intimidar a las personas, ¿no? Eso también es una barrera natural+ (*juez de tribunal de condado*).

Laura Lundy sostiene que el artículo 12 de la CDN solo se podrá implementar exitosamente cuando se les preste real consideración a los factores de espacio, voz, audiencia e influencia . Según Lundy, los niños necesitan sentir que están en un entorno seguro, que aprecia su presencia y su derecho a expresar sus opiniones libremente, a que dichas opiniones sean escuchadas y a que se actúe debidamente en función de dichas opiniones. Lundy destaca la importancia de ofrecerles a los niños distintos mecanismos para expresar sus opiniones y proporcionarles información adecuada, precisa y adaptada a su edad para que hagan sus elecciones, incluida la opción de no expresar una opinión. Los niños deben tener la tranquilidad de que sus opiniones están llegando a aquellos que tienen el poder de cambiar sus vidas y están influenciando sus decisiones. Según Lundy, la influencia debe ser considerada parte integral de la aplicación del artículo 12, que refleja el valor de respetar la dignidad del niño .

En su análisis sobre la importancia del poder judicial en la promoción de los derechos del niño, particularmente en situaciones de alta carga sensible y emocional, Stalford y Hollingsworth dicen: La invisibilidad y vulnerabilidad de los niños dentro de la ley y su falta de voz política es la que le da aun más legitimidad a la adopción judicial explícita de una perspectiva de los derechos del niño . Aunque es esencial incorporar los derechos del niño a la trama de la legislación y las políticas relevantes, esto no logrará por sí solo que se aplique una perspectiva de los derechos del niño o un abordaje centrado en los niños mediante la aplicación de la ley y las políticas vigentes. La legislación, las políticas y los procedimientos vigentes son los que hacen que los niños sean invisibles en los procesos reales. Los niños deben ser los protagonistas de los procesos decisorios, no estar meramente a la espera de que finalicen los procedimientos para saber qué les sucederá.

Conclusión

Las perspectivas de los jueces que participaron en esta investigación con respecto al abordaje centrado en los niños se fundamentan en los factores sensibles y complejos involucrados al sopesar el bienestar y la seguridad de un niño con sus derechos. En realidad, es un sistema que no parece tener la predisposición o la capacidad para que los niños que están sujetos a procedimientos participen en dichos procedimientos de una forma que los haga sentir confiados y cómodos al hacer uso de las protecciones legales disponibles, los procesos y los derechos consagrados en la legislación, para asegurarse de que su verdadera voz sea escuchada y comprendida a lo largo de todo el período de intervención del Estado. Los niños continúan estando a merced de un sistema que está distanciado de su realidad. Esa distancia hace que los niños silencien sus sentimientos sobre las realidades de maltrato y abandono que viven.

David Lane es un estudiante de investigación de posgrado de la Universidad de Liverpool. Se ha desempeñado como trabajador social durante veinte años en el marco de procesos de protección, adopción y acogida de niños. También se ha desempeñado como tutor de niños representando judicialmente a niños en procesos de guarda y adopción. David es becario de la Academia de Educación Superior y ha tenido cargos de profesor titular en el área de estudios sobre la infancia.

**Cuidados de acogida en Malta—
Recomendaciones y conclusiones de la
Oficina del Comisionado para la Infancia**

Pauline Miceli



“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos
Es un hecho reconocido que los niños necesitan protección y apoyo especial, no porque tengan derechos especiales sino porque no son capaces de acceder plenamente a sus derechos a causa de su edad y vulnerabilidad.

Esto es particularmente verdadero en cuanto a los niños que han sido retirados de su entorno familiar. Hay evidencias de que los desafíos particulares asociados a la separación de la familia, que a menudo se produce por muy buenas razones, pueden continuar teniendo un impacto en los jóvenes a lo largo de toda su vida.

En 2016, la Oficina del Comisionado para la Infancia de Malta realizó y publicó un estudio de investigación local sobre los cuidados de acogida titulado *Let Me Thrive* que se focalizó en la opinión de los niños y jóvenes que se encuentran bajo cuidados de acogida o han recibido cuidados de acogida en Malta.

Este artículo hace referencia a las principales conclusiones de dicho estudio, además de destacar y analizar las principales recomendaciones de la Oficina.

A. Planificación de permanencia

El preámbulo de la CNUDN reconoce que el entorno familiar favorece el ejercicio pleno y armonioso del derecho de los niños al desarrollo. Además, el artículo 20 establece los requisitos relativos a los cuidados alternativos que debe proporcionar el Estado para los niños privados de

su entorno familiar. Entre estos, el artículo 20 (3) estipula que al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño

La necesidad de los niños de permanencia y sentido de pertenencia a una familia que los cuide se debe abordar en forma oportuna cuando los niños no pueden vivir con sus padres biológicos (ya sea en forma temporal o permanente). Se espera que el Estado aborde esta necesidad fundamental de permanencia y estabilidad. La forma en que se deben abordar las necesidades individuales de permanencia de cada niño depende de muchos factores. Algunos de esos factores pueden ser: la edad del niño, la edad a la cual fue asignado a cuidados alternativos, la cantidad de tiempo que ha pasado con una familia de acogida y los lazos emocionales que ha establecido tanto con su familia biológica como con su familia de acogida.

Por otro lado, se deben respetar las políticas concurrentes que abordan la reintegración familiar y los cuidados alternativos permanentes.

- Reintegración familiar
 - o Se debe asignar un trabajador social a la familia biológica en cuanto se coloque al niño bajo cuidados alternativos (ya sea a través de una orden judicial o en forma voluntaria).
 - o Se les debe otorgar fuerza de ley a las órdenes de tratamiento.
 - o Según las Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas de la ONU (párrafo 48), para preparar al niño y a la familia para su posible regreso a esta y para apoyar dicha reinserción, la situación del niño debería ser evaluada por una persona o un equipo debidamente designado que tenga acceso a asesoramiento multidisciplinario, en consulta con los distintos actores involucrados (el niño, la familia, el acogedor alternativo), a fin de decidir si la reintegración del niño en la familia es posible y redundante en favor del interés superior de este, qué medidas supondría y bajo la supervisión de quién.
- Cuidados alternativos permanentes
 - o Adopción
 - o Adopción abierta
 - o Cuidados de acogida permanentes
- B. Asignación adecuada de presupuesto

La CNUDN establece que en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

(artículo 4). La obligación del Estado de garantizar el derecho fundamental del niño a la vida familiar y a cuidados alternativos adecuados implica apoyar a todas las personas responsables por la vida y el desarrollo del niño, entre ellas, a sus familiares biológicos, sus acogedores, los trabajadores sociales que los atienden y los organismos relevantes. Para cumplir este deber, se deben asignar recursos y partidas presupuestarias suficientes para:

“ supervisar y apoyar a la familia biológica; esto incluye el apoyo proporcionado por los servicios de bienestar a la familia biológica para abordar los problemas relacionados con el cuidado y desarrollo de sus niños:

o antes de que el niño sea colocado bajo cuidados alternativos.

o mientras el niño se encuentra bajo cuidados alternativos.

o cuando el niño regresa con su familia biológica, en caso de que eso suceda.

“ proporcionar los recursos humanos y materiales requeridos por los servicios de bienestar para proporcionar cuidados alternativos adecuados, entre ellos:

o personal de LAC (Looked After Children, servicios para niños que se encuentran bajo cuidados alternativos) debidamente cualificado y respaldado que tenga un volumen de trabajo razonable. Esto debería permitir que el trabajador social del niño continúe teniendo contacto significativo con el niño y las personas que juegan un rol importante en los cuidados del niño.

o trabajadores sociales debidamente cualificados y respaldados dentro de los equipos de cuidados de acogida con un volumen de trabajo razonable. Esto debería permitir que:

supervisen y apoyen a los acogedores en forma competente y eficiente;

intensifiquen el apoyo a los acogedores durante potenciales períodos de mayores exigencias cuando los niños están atravesando la transición entre la niñez y la adolescencia; y

intensifiquen el apoyo, si fuera necesario, durante períodos de conmoción emocional como los que se pueden producir cuando el niño tiene contacto con la familia biológica.

o una cantidad suficiente de acogedores para satisfacer las diferentes necesidades y circunstancias de los niños que necesitan cuidados de acogida. A estos acogedores se les debería proporcionar capacitación acreditada, tanto inicial como continua. También se les deberían proporcionar los recursos humanos y financieros requeridos para cuidar y apoyar a los niños.

o un servicio de visitas de acceso supervisadas (SAV, por sus siglas en inglés) totalmente profesionalizado. Esto incluye:

una cantidad suficiente de supervisores profesionales con cualificaciones relevantes

un establecimiento que reproduzca un entorno de hogar (Hogar de la Infancia) donde los niños y su familia biológica puedan beneficiarse de la experiencia de pasar tiempo de calidad en familia

designación de conductores para que se encarguen de las tareas relacionadas con el traslado de los niños

servicios profesionales para ayudar y apoyar a los niños, los padres biológicos y los acogedores con el fin de abordar adecuadamente los asuntos relativos a las visitas de contacto

creación de un centro de intervención en crisis eficiente y un centro de pre-evaluación

prestación de cuidados de seguimiento debidamente respaldados para los niños que han recibido cuidados de acogida y los acogedores que proporcionan cuidados de seguimiento.

C. La opinión del niño

Los derechos de participación del niño, según el artículo 12, constituyen uno de los pilares de la CNUDN. El Estado está obligado a implementar mecanismos adecuados para facilitar la participación de los niños en el proceso de toma de decisiones acerca de los asuntos que son de principal importancia para su vida. No obstante, los niños entrevistados manifestaron que no consideraban que el mecanismo actual les permita expresar su opinión o cubra su necesidad de vivir una vida lo más normal posible. Algunos aspectos particulares que se deben abordar son:

“ Se debe revisar el proceso de toma de decisiones en el que participan estructuras como la Junta Consultiva de Niños y Jóvenes. En línea con la jurisprudencia internacional prevalente, los niños tienen derecho a tener un sistema que permita la revisión judicial de las decisiones importantes que afectan sus vidas. Deben tener acceso automático a representación en el proceso decisorio y a un sistema decisorio plenamente eficaz y adaptado a los niños.

“ El proceso decisorio debe estar más adaptado a los niños y debe ser más fácil de transitar para los niños. Esto implica lo siguiente:

o el niño se debe sentir empoderado y apoyado

o el niño debe sentir que las decisiones son tomadas por personas que están bien informadas sobre la vida cotidiana del niño

o la logística debe respetar las necesidades expresadas por el niño, por ejemplo, la necesidad de no faltar a la escuela

o se deben delegar en las personas que cuidan diariamente del niño ciertas facultades decisorias que pueden ayudar a normalizar la vida familiar en casos de cuidados a largo plazo.

En consonancia con lo que antecede, el volumen de trabajo del trabajador social del niño debe permitir que éste tenga tiempo suficiente para comunicarse en forma oportuna y significativa con el niño. Ningún niño debe sentir que solo tiene contacto con su trabajador social antes de las reuniones con la Junta Consultiva de Niños y Jóvenes.

D. El interés superior del niño

El principio del interés superior (artículo 3) es otro de los derechos fundamentales que atraviesan íntegramente a la CNUDN. Por lo tanto, es necesario que haya una articulación legal más clara de lo que se requiere para favorecer coherentemente el interés superior de los niños que se encuentran bajo cuidados alternativos. Esta articulación debe estar en concordancia con las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño de 2013 al 2do Informe Periódico de Malta. En dicho informe, el CDN exhorta a Malta a tomar ciertas medidas específicas. Las siguientes recomendaciones se extrajeron del informe de 2013 del CDN, donde se insta a Malta a:

redoblar sus esfuerzos para garantizar que el principio del interés superior sea bien conocido, se integre debidamente y se aplique sistemáticamente

en todos los procedimientos legislativos, administrativos y judiciales

en todas las políticas, todos los programas y todos los proyectos que guarden relación con los niños o los afecten, en particular con respecto a:

los niños privados de un entorno familiar

los niños solicitantes de asilo o refugiados y los niños reclusos en centros de internamiento de inmigrantes;

desarrollar procedimientos y criterios que sirvan de orientación para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos, y a divulgarlos entre las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos legislativos; y

basar el razonamiento jurídico de todas las resoluciones y decisiones judiciales y administrativas en el principio del interés superior (CRC/C/MLT/CO/2, 2013, párrafo 31).

Estas recomendaciones tienen una aplicación muy amplia que incluye a todas las áreas relevantes de la política y la práctica relacionadas con el FSWS, el DSWS, el Tribunal de Familia, la

Junta Consultiva de Niños y Jóvenes, y la Junta de Acogida.

E. No discriminación

El artículo 2 (1) de la CNUDN estipula que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. A la luz de la evidencia circunstancial de que se prestan cuidados de acogida informales para los niños que no tienen nacionalidad maltesa, se debe investigar y abordar a fondo la situación de los niños migrantes y solicitantes de asilo. En particular:

no debe haber discriminación con respecto a la disponibilidad de servicios de los organismos de bienestar para abordar las necesidades de los niños.

se debe poner a disposición de los niños no malteses el mismo repertorio de servicios disponible para los niños de nacionalidad maltesa.

Algunos niños sufren estigmatización en las escuelas por parte de algunos de sus pares o de las familias de algunos de sus pares. Para reducir la incidencia de la estigmatización, los servicios sociales y el sistema educativo pueden:

asegurarse de que las políticas y los procedimientos procuren sensibilidad hacia la realidad de los niños que son identificados como beneficiarios de los servicios sociales.

proporcionarles apoyo sensible a los niños que se encuentran bajo cuidados alternativos y sienten que están siendo discriminados por sus pares o están sufriendo estigmatización social.

F. Conducta significativa

Con el fin de garantizar las condiciones adecuadas para que todos los niños desarrollen plenamente su potencial, como se estipula en la CNUDN, se requiere un abordaje más positivo y holístico con respecto a la conducta significativa. El sistema podría beneficiarse de una inversión más adecuada en recursos específicos destinados a abordar las necesidades complejas de los adolescentes durante períodos de potencial conmoción emocional y conducta significativa. Uno de estos períodos podría desencadenarse como resultado del estrés experimentado durante la temprana adolescencia o durante el período transicional de desarrollo de la infancia a la adolescencia. Las siguientes recomendaciones incluyen algunas de las medidas requeridas para este fin:

Los acogedores deben recibir más capacitación acreditada sobre la conducta que es a menudo etiquetada como conducta problemática.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

“ Los acogedores deben recibir apoyo suficiente y oportuno que incluya la disponibilidad permanente de un trabajador social, en el momento en que se lo necesite, para evitar situaciones de crisis.

“ Se deben establecer directrices más claras, que deben ser apoyadas y respetadas, con respecto al control del comportamiento. Estas directrices deben estar alineadas con el párrafo 95 de las Directrices de 2009 de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños.

“ Los acogedores deben recibir apoyo continuo para respetar las directrices mencionadas anteriormente que, entre otras cosas, cubren las diversas formas de violencia física o psicológica.

“ Se necesita un centro de intervención en crisis que esté abierto los 7 días de la semana y las 24 horas del día y cuente con los recursos necesarios para proporcionar apoyo en forma oportuna.

“ Se debe establecer un servicio de intervención terapéutica de tres niveles. Este servicio debe proporcionar un rango de servicios que debe incluir servicios residenciales, semiresidenciales y no residenciales con el fin de satisfacer las necesidades diferentes y cambiantes de los niños y jóvenes.

G. Órganos y autoridades competentes

El rol de las autoridades designadas es clave en la prestación de cuidados alternativos adecuados para los niños. Este rol debe ser más reconocido y tenido en cuenta por las múltiples partes interesadas. Por lo tanto, se sugiere:

“ la disponibilidad y promoción de materiales electrónicos e impresos fáciles de usar y adaptados a los niños donde se describan las funciones y los procedimientos de estos órganos;

“ la disponibilidad y promoción de estos materiales en todos los idiomas utilizados y en una variedad de formatos adecuados; y

“ que el material sea diseñado profesionalmente para atraer a las personas que necesitan esta información y mantener su atención.

Además, se debe garantizar la transparencia y rendición de cuentas de los órganos y las autoridades competentes. En este sentido, se recomienda:

“ establecer directrices claras para los procedimientos y las decisiones sustantivas de los órganos y las autoridades competentes con el fin de garantizar la coherencia;

“ procurar que las entidades que desempeñan las funciones que son actualmente responsabilidad de los órganos antes mencionados no respondan al mismo Ministerio, con el fin de garantizar la transparencia y rendición de cuentas.

La ley le asigna a la Oficina del Comisionado para la Infancia la misión de promover el desarrollo de los cuidados alternativos para los niños que necesitan dichos cuidados, con especial énfasis en los cuidados de acogida y la adopción. Por esta razón, sentimos la necesidad de investigar qué hace que los niños prosperen o no en el marco de los cuidados de acogida. Al hacerlo, el estudio arroja luz sobre las complejidades intrínsecas de los cuidados de acogida y los enormes desafíos que se deben superar para que éstos favorezcan el interés superior del niño. Ciertamente, no es un campo de investigación sencillo; como es de esperarse de un área vinculada al cuidado y desarrollo de los niños, tiene una alta carga política. En conclusión, se considera que los derechos del niño en Malta se verán mejor protegidos con la introducción de la Política nacional sobre los niños, que se lanzará a fines de 2017, y la entrada en vigor de la Ley de protección de los niños (cuidados alternativos) en el futuro próximo. Se puede decir que los derechos del niño son una máxima prioridad en la agenda de Malta.

Pauline Miceli es la comisionada para niños en Malta. <http://tfal.org.mt/en/Pages/default.aspx>

<p>Protección de los niños y protección de las mujeres embarazadas: el doble impertivo del parto secreto en Francia</p>	<p>Flora Bolter Judge Elsa Keravela Milan Momića Professor Dr Gilles Séraphin</p>
--	--

			
<p>Flora Bolter</p>	<p>Jueza Elsa Keravela</p>	<p>Milan Momića</p>	<p>Professor Dr Gilles Séraphin</p>

La preocupación acerca del bienestar de los bebés y niños abandonados se ha manifestado a través de distintos abordajes técnicos y jurídicos a lo largo de la historia en las sociedades europeas. En Francia, las inclusas o escotillas para bebés abandonados (tours d'abandon) existen desde 1638, y en 1904 se crearon agencias abiertas (bureau ouverts) bajo el mismo principio. Este sistema es desde hace mucho tiempo el principal mecanismo técnico de esta clase. Pero luego surgió un mecanismo jurídico y administrativo que reemplazó esta respuesta técnica: el parto secreto (accouchement sous le secret). Este procedimiento se estableció durante la Revolución Francesa mediante un decreto aprobado el 28 de junio de 1793 que establecía que la Nación cubrirá todos los gastos relacionados con la estadía de la madre y sus necesidades durante dicha estadía hasta que se haya recuperado perfectamente del parto. Se deberá mantener el más absoluto secreto sobre todos los asuntos que le conciernan.

El parto bajo X (accouchement sous X), como se llamó coloquialmente al procedimiento, se formalizó legalmente en 1941 y fue reafirmado sucesivamente por varias leyes en 1993, 1996, 2002 y 2009. Este procedimiento crea la posibilidad de que una mujer embarazada dé a luz con toda la atención médica requerida y luego entregue al bebé a los servicios de bienestar infantil. De esta manera, el bebé es atendido desde el parto pero la madre no está obligada a ejercer su vínculo con el bebé. Tradicionalmente, este procedimiento se veía como una forma de evitar los nacimientos clandestinos, el abandono de bebés y el infanticidio buscando un equilibrio entre el derecho del niño (a conocer sus orígenes) y el derecho de la mujer (a no tener un niño no deseado).

Pero actualmente hay poco consenso con respecto a este sistema. Muchos están solicitando cambios en la forma en que se

organiza el parto secreto, y es un tema que se ha planteado en los cuatro grupos de trabajo organizados por la Secretaría de Estado de Familia en 2014 con respecto a la reforma de la legislación y las políticas de familia e infancia. Esta práctica representa una institución significativa en términos legislativos y también debido a la cantidad de niños y mujeres que se ven afectados por ella. Los cambios propuestos tendrían un profundo impacto sobre la institución del parto secreto, pero difieren notablemente entre ellos. ¿Cómo afectaría esto al bienestar infantil y la protección de los niños en Francia?

Parto secreto: una institución consolidada por la ley y la práctica

El marco jurídico

La versión de 1793 de lo que sería el parto secreto, en su momento, no exoneraba a la mujer de potenciales, aunque improbables, consecuencias. Durante dos siglos, es decir, desde su creación hasta 1993, esta forma de parto se consideraba en general una necesidad para defender los intereses de la sociedad, principalmente para reducir los índices de infanticidio y propiciar el abandono en condiciones dignas. Por estas razones, fue exclusivamente reconocido a través de diversas disposiciones relativas a la acción social y la financiación de los procedimientos. En otras palabras, aunque se estipuló públicamente el acceso al procedimiento, no se estableció un derecho sustantivo o formal al cual las mujeres pudieran recurrir. Esto cambió el 8 de enero de 1993, cuando se sancionó la ley 93-22, que modificó el artículo 341 del Código Civil para especificar que el parto secreto crea una barrera jurídica con respecto a cualquier demanda civil contra la mujer que dio a luz. Hasta ese momento, era posible que un niño demande a su madre biológica: al desmantelar esta posibilidad, la ley de 1993 hizo que el procedimiento sea completamente legítimo.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Por consiguiente, desde ese momento en adelante se puede identificar al parto secreto como un derecho para las mujeres en el marco de la legislación francesa. El 1 de julio de 2006, la reforma de la ley de filiación convalidó este principio y lo extendió a los artículos 325 y 326 del Código Civil (Al arribar a una institución hospitalaria, la madre puede solicitar que se mantenga en secreto su internación y que no se revele su identidad). No obstante, el 16 de enero de 2009, la ley 2009-61 modificó el artículo 325 suprimiendo la excepción de 1993 que protegía a las mujeres que habían tenido un parto secreto de las acciones de filiación, excepción que ya se había visto debilitada en 1996 por una ley que les otorgaba acceso a cierta información no identificatoria a los niños nacidos bajo esta modalidad. La doctrina actual se ve afectada por esta contradicción: en la práctica, se mantiene en secreto la identidad de la madre biológica, pero en el (improbable) caso de que el niño descubra de alguna manera la identidad de su madre biológica, éste podría presentar una demanda civil contra ella (si no tuviera padres reconocidos legalmente).

Esta incoherencia da cuenta de la visión reñida de los legisladores acerca del parto secreto. Las primeras legislaciones no planteaban el parto secreto como una cuestión de derechos, pero los cambios legislativos de 1990 y 2000 se fundamentaron a través de este abordaje. En ese marco, la discrepancia entre la perspectiva de los derechos de las mujeres y la perspectiva de los derechos del niño puede explicar los cambios aparentemente erráticos entre la protección de la confidencialidad absoluta y el margen para permitir que los niños identifiquen a sus progenitores.

Desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, el parto secreto puede ser entendido como una extensión de los derechos reproductivos, ya que permite que las mujeres lleven a término un embarazo no deseado sin estar legalmente obligadas a ejercer un vínculo con el niño. La reforma de 1993 que introduce el procedimiento del artículo 326 del Código Civil y previene posibles reclamos de maternidad (dentro del artículo 325) se aprobó en enero de 1993, pocos días antes que la ley Neiertz (N° 93-121, del 27 de enero de 1993) estableciera que la obstrucción del aborto es ilegal, que es uno de los hitos del reconocimiento del aborto como pleno derecho en Francia.

Pero la reforma del 8 de enero de 1993 también tenía una perspectiva desde los derechos del niño, y no exclusivamente como una traducción del derecho a la vida expresado en el artículo 6 de la CNUDN. La idea era que no tener una filiación establecida en estos casos también favorecía el interés superior del niño, ya que esto

le permitiría ser más plenamente reconocido como hijo de sus padres adoptivos (Lianos, 2012). Lejos de ser considerada una violación del derecho del niño a la identidad, reconocido en el artículo 8 de la CNUDN, esta disposición era, paradójicamente, interpretada como una forma de proteger ese derecho.

No obstante, esta visión constructivista de la identidad y la filiación evolucionó posteriormente, y el derecho a conocer los propios orígenes, que fue reconocido por la legislación francesa a través de la ley Mattei (N° 96-604) en 1996, fue visto eventualmente como un impedimento para la confidencialidad absoluta e irrevocable: esta es la fundamentación de la reforma de la legislación realizada en 2009.

Este equilibrio inestable entre intereses muy contrapuestos también se manifiesta, a mayor escala, en la legislación de derechos humanos y la jurisprudencia relativa a este tipo de práctica. Durante el siglo pasado, se instituyeron en muchos países sistemas de parto anónimo y abandono al nacer (a través de las inclusas): más de un tercio de los estados europeos tienen actualmente procedimientos de estas características (Fenton-Glynn, 2013), pero son pocos los países que los instauraron de esta manera, principalmente Francia e Italia. Muchas personas entablaron demandas contra las autoridades por haber instaurado estos procedimientos con el argumento de que violan los derechos reconocidos por el artículo 8 de la CNUDN. En uno de dichos casos, Odièvre c. Francia, en 2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que el sistema de Francia no violaba los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, fue una decisión controversial, con 7 de 17 jueces en disidencia. En 2012, el mismo Tribunal falló en contra de un sistema de parto anónimo en el caso Godelli c. Italia. En ambos casos, los hechos eran muy similares, con una diferencia clave: El Tribunal destaca que, a diferencia del sistema francés examinado en el caso Odièvre, la legislación italiana no busca propiciar un equilibrio entre los derechos e intereses contrapuestos que se encuentran en juego. Al no haber mecanismos que permitan contrastar el derecho de la demandante a conocer sus orígenes con el derecho de la madre a mantener el anonimato, se le otorga preferencia ciega inevitablemente a la segunda+ (Godelli c. Italia, párrafo 57).

Los mecanismos mencionados en Odièvre se refieren a la creación por parte de Francia de un consejo a cargo de supervisar el acceso a los orígenes, el CNAOP (Conseil national d'accès aux origines), que funciona desde el año 2002. Su misión es garantizar el acceso efectivo de los niños adoptados y los niños bajo tutela del estado

a la información que los afecta, y con este fin recolecta la información que dejan las madres biológicas en un sobre sellado (información que puede incluir o no sus nombres), centraliza las solicitudes realizadas por los niños o sus representantes legales y oficia como mediadora cuando es posible, además de recibir y administrar los mensajes enviados por los padres biológicos o sus herederos (cuando quieren levantar el secreto o averiguar por posibles solicitudes realizadas por los niños). El CNAOP está conformado por 17 miembros: 2 magistrados, 6 representantes del Ministerio, 1 representante de los départements, 6 representantes de las ONG y 2 expertos. Dado que se alienta a las embarazadas a proporcionarle información no identificatoria en un sobre sellado al CNAOP, y dado que el CNAOP puede levantar el secreto en circunstancias específicas, se crea una suerte de equilibrio entre los derechos contrapuestos en cuestión.

El CNAOP es una especie de **parto legal** que crea la posibilidad de cierta mediación según el caso. Pero el desequilibrio fundamental que yace en el núcleo del sistema no se ve estructuralmente modificado por la existencia de esta institución: el derecho del niño a conocer sus orígenes es en efecto un derecho relativo que está supeditado a las decisiones de la madre biológica.

Cabe señalar que el tribunal constitucional de Italia había rechazado la introducción de sistemas similares bajo el argumento de que lo mejor para ambas partes era no promover la noción de que en algún momento se podría revertir la renuncia a la filiación (fallo N° 425, 2005, citado por Cerase, 2012). El legislador italiano, en este caso, sigue la misma lógica que la ley francesa de 1993, es decir, que suprimir la filiación biológica promovería lazos más fuertes con los padres legales, lo que favorecería en última instancia el interés superior del niño. En ambos casos se tiene en cuenta el interés del niño, incluido el derecho a la identidad, pero de una manera que acentúa el primer párrafo del artículo 8 (**derecho a preservar su identidad (...) y las relaciones familiares**) en detrimento del segundo párrafo de dicho artículo (**privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos (...)**).

Adicionalmente, en años recientes, la jurisprudencia francesa ha tomado en cuenta cada vez más los derechos de los demás familiares del niño. Los padres biológicos (casación civil, 7 de abril de 2006), o incluso los abuelos maternos (Angers, 26 de enero de 2011), pueden iniciar acciones civiles de filiación exitosamente incluso cuando un niño nació bajo la modalidad de parto secreto. En otras palabras, la confidencialidad del procedimiento se está

tornando cada vez más relativa. Aunque esta evolución no fortalece particularmente el abordaje de los derechos del niño, ya que los derechos reconocidos en este caso son los derechos de los familiares adultos, sí afecta el contexto general del caso y debilita el derecho de la mujer a la confidencialidad. Como resultado de las evoluciones recientes, hay un consenso general con respecto a la necesidad de revisar las prácticas existentes.

La institución en la práctica

El parto secreto no es solo una preocupación jurídica: las realidades prácticas relacionadas son también particularmente relevantes para comprender la complejidad del tema. Las condiciones prácticas en las que se organiza el parto secreto se definen en el artículo L 222-6 del Código de Acción Social y de Familia (CASF, Code de l'action sociale et des familles). Cuando una mujer embarazada solicita un parto secreto, se le informan las consecuencias judiciales y la importancia de conocer los propios orígenes y se le alienta a dejar información sobre su salud y la del padre biológico, las circunstancias del nacimiento, los orígenes de la familia. Si la mujer acepta hacerlo, también puede escribir su nombre en un sobre sellado aparte. Además, se le informa que puede anular el anonimato y/o enviar más información y/o comunicar su identidad en un sobre sellado, en cualquier momento, y que, de lo contrario, su identidad solo puede ser revelada en el marco del artículo L147-6 CASF (a través del CNAOP).

Estas cuestiones de información y anonimato se deben abordar desde el inicio, ya que no se requiere ningún documento de identidad para que una mujer acceda a un parto secreto, y no se pueden realizar investigaciones. El nombre de la madre biológica no se registra, y tampoco el del padre biológico, a menos que éste reconozca su paternidad: por esta razón, el procedimiento es frecuentemente llamado **parto bajo X+** o **parto anónimo**, aunque no sea necesariamente así.

Todos los gastos del parto son cubiertos por la agencia de bienestar infantil local (Aide sociale à l'enfance, ASE), y el personal del hospital es el encargado de registrar el nacimiento, aunque la madre biológica puede elegir los nombres del niño. Además, se le ofrece asistencia psicológica a la parturienta.

El bebé es cuidado por ASE o un organismo de adopción, y se elabora un informe legal (L 224-5 CASF). Una vez presentado el informe, el bebé pasa a estar temporalmente bajo la tutela del estado (pupille de l'État . L 224-6 CASF). De todos modos, durante los dos meses siguientes, el niño puede ser reclamado por cualquiera de sus padres biológicos, sin que se le hagan preguntas (L 224-6 CASF).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Después de este período de 2 meses, el niño pasa a estar definitivamente bajo la tutela del estado (L224-4 CASF), y puede ser ofrecido en adopción (a menos que se encuentre pendiente un reclamo presentado por cualquiera de sus padres biológicos). Si la madre biológica o el padre biológico reclaman al niño después del período inicial de dos meses, el tutor del niño es quien decide con el Consejo de Familia qué resolución favorecería el interés superior del niño (L 224-6 CASF).

Luego, la información existente sobre el niño y las condiciones de su nacimiento es recolectada por el CNAOP, que recibe y administra todas las solicitudes enviadas por los niños y sus padres. Los niños nacidos en estas circunstancias tienen derecho a acceder a dicha información, siempre que presenten una solicitud formal cuando sean mayores de edad (o siendo menores de edad con el apoyo de sus padres adoptivos o tutores). En cuanto a la información identificatoria (todos los datos proporcionados en un sobre sellado por separado), solo se puede revelar si la madre biológica ha dado su consentimiento; el CNAOP actúa como intermediario cuando no se ha otorgado consentimiento previamente (cosa que los padres biológicos pueden hacer, aunque este consentimiento no hace que se transmita automáticamente la información al niño: debe haber consentimiento de ambas partes para que se revele la información).

La realidad cuantitativa del parto secreto en 2015

Las cifras y su evolución

El parto secreto tiene una larga historia, y por esto mismo es una opción bastante bien conocida, aunque la mayoría de las personas no están al tanto del procedimiento preciso o sus consecuencias jurídicas. Ha estado ligado a períodos moralmente conservadores de la historia durante los cuales las madres solteras experimentaban una fuerte estigmatización social. A fines de la década de 1960, había aproximadamente 2.000 niños nacidos mediante la modalidad de parto secreto por año. Esa cifra se ha reducido drásticamente desde la década de 1970 como resultado de dos fenómenos principales: por un lado, la anticoncepción legal (desde 1969) y el aborto legal (desde 1975) y, por otro lado, la evolución de la representación social sobre las madres solteras (en 2014, el 57,4% de todos los partos en Francia fueron de madres solteras en comparación con el 6,8% en 1969).

Desde comienzos del siglo XXI, dicha cifra se ha mantenido generalmente estable entre 600 y 700 (tabla 1).

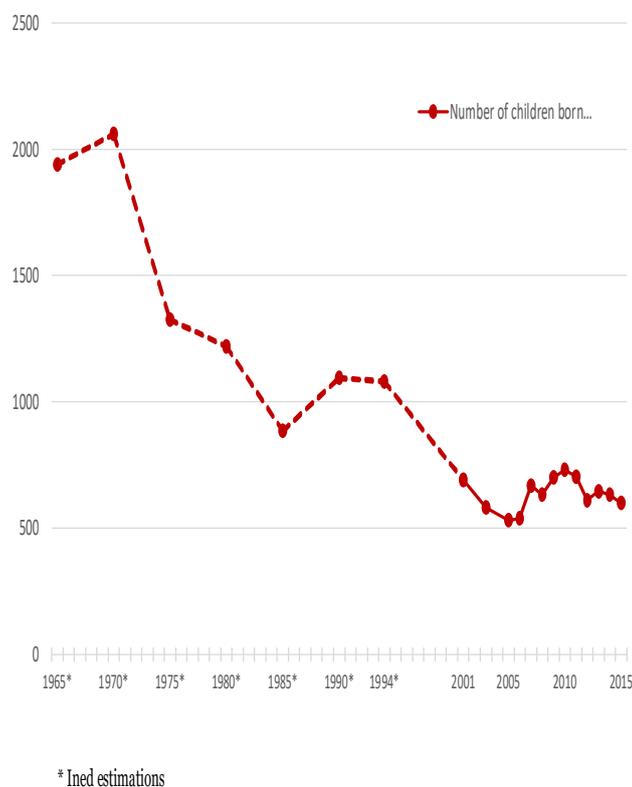


Tabla 1. Niños nacidos sin filiación conocida, 1965-2015.

Área: toda Francia. Niños nacidos sin filiación conocida, 1965-2015.

Fuente: « Les enfants nés sans filiation en France, 1965-1994 », Ined, 2000 ; « Enquête sur la situation des pupilles de l'État » 2007-2015 », Oned/ONPE, mayo de 2017

A pesar de que las cifras generales se mantuvieran bastante estables según una perspectiva histórica comparativa, hay claras variaciones de año a año que se tornan aún más evidentes si las comparamos con la cantidad total de partos: la proporción oscila de 74 a 88 niños nacidos bajo la modalidad de parto secreto cada 100.000 nacimientos.

	Number of children born (cohort)	Reasons to no longer be a ward of state						Total of all children no longer wards	Cumulated exit rate 31/12/2013
		Adoption	Restitution before months	Restitution 2 after months	Family guardianship	Death	Different ASE status		
2007	669	546	103	2	0	4	3	658	98,4%
2008	633	509	94	4	0	3	7	617	97,5%
2009	701	573	99	6	1	4	6	689	98,3%
2010	731	557	104	1	0	5	4	671	91,8%
2011	704	579	84	1	1	9	5	679	96,4%
2012	611	483	98	3	0	5	4	593	97,1%
2013	646	472	107	5	0	5	2	591	91,5%
2014	633	268	78	3	0	5	2	356	56,2%
2015	600	2	88	3	0	5	2	100	16,7%
Total (all years)	5928	3989	855	28	2	45	35	4954	

Tabla 2. Razones por las cuales los niños (sin padres conocidos) dejan de ser tutores del estado 31/12/2015

Área: Todo de Francia. Niños nacidos bajo secreto que se han convertido en pupilos de estado, 2007-2015

Fuente: « Enquête sur la situation des pupilles de l'État, 2007-2015 », ONPE, December 2015

Trayectorias habituales de los niños nacidos bajo la modalidad de parto secreto en su temprana infancia

Los niños nacidos bajo la modalidad de parto secreto no pasan a ser adoptables inmediatamente: la ley establece un período de dos meses después del nacimiento durante los cuales cualquiera de los padres biológicos puede cambiar de opinión y reclamar al niño. Durante dos meses, los niños se encuentran bajo la tutela temporal del estado, y por esa razón no pueden ser ofrecidos en adopción hasta que el estado tenga su tutela definitiva.

No obstante, muy pocos de ellos permanecen bajo la tutela del estado por mucho tiempo (en general, son ofrecidos en adopción en menos de 3 meses, a menos que se presenten circunstancias especiales). Al 31 de diciembre de 2015, el 96,5% de los niños nacidos bajo la modalidad de parto secreto desde 2007 hasta 2012 habían dejado de estar bajo la tutela del estado: el 80% había sido adoptado, el 15% había sido reclamado por la madre biológica o el padre biológico (antes o después del período inicial de 2 meses).

Los niños nacidos bajo la modalidad de parto secreto que son ofrecidos en adopción son generalmente adoptados por familias locales (95,7%). Los que son adoptados por familias de otras áreas generalmente presentan circunstancias particulares como discapacidades, y tienden a ser adoptados más tarde.

La proporción relativamente significativa (entre 15 y 16%) de niños que son restituidos a uno de sus padres biológicos o a ambos causa cierta preocupación entre los profesionales y académicos que trabajan en la protección de los niños. Independientemente de los motivos personales y los perfiles de estos padres, aspectos sobre los cuales sabemos muy poco, el solo hecho de que eligieran tener un parto secreto plantea dudas sobre su proyecto parental. A estas familias se les ofrece asesoramiento psicológico y varios tipos de ayuda (servicios sociales reforzados, servicios de salud infantil reforzados, medidas de protección infantil, etc.): en 2015, el 77% de estas familias recibió esta clase de ayuda. Los informes anuales elaborados por el ONPE sobre los niños bajo la tutela del estado han comenzado a incluir este aspecto, pero al año 2016 sigue habiendo muy pocos datos para profundizar el análisis.

Una institución en la encrucijada

Un equilibrio inestable entre imperativos contrapuestos

Como institución, el parto secreto ha sido perfeccionado a lo largo de su prolongada historia. Sus particularidades legales y administrativas se encuentran ampliamente controladas y no hay falta de información, de modo que las mujeres embarazadas no tienen obstáculos para conocer esta alternativa. Sin embargo, aunque en la práctica se han encontrado soluciones, es difícil disimular la brecha creciente entre las distintas perspectivas jurídicas, que hace que la situación actual resulte realmente muy precaria.

La fundamentación del procedimiento de parto secreto es que el parto secreto apunta a evitar el embarazo y nacimiento en condiciones que pueden ser perjudiciales para la madre o para el niño; así como a prevenir el infanticidio y el abandono de niños+ (casación civil, 16 de mayo de 2012).

El parto secreto puede ser, por lo tanto, entendido como un asunto de salud pública (como una forma de garantizar que todos los nacimientos se produzcan en entornos dignos y condiciones adecuadas) y como un asunto de protección infantil o prevención del maltrato infantil (para prevenir el neonaticidio y el abandono clandestino de niños). Como política pública, su eficiencia es incuestionable.

No obstante, cuando se analiza desde el abordaje de los derechos, hay diferentes puntos de vista involucrados que se contraponen fuertemente, como hemos visto. El parto secreto puede ser visto como un avance de los derechos reproductivos, ya que les da a las mujeres la posibilidad de rechazar la maternidad incluso si

no están dispuestas a interrumpir un embarazo no deseado. Por esta razón, el procedimiento vigente es defendido por parte del movimiento por los derechos de las mujeres.

Pero desde el punto de vista del niño, se puede argumentar que a pesar de la existencia del CNAOP, el acceso a los propios orígenes aún no se encuentra reconocido como derecho absoluto en conformidad con el artículo 8 de la CNUDN. Además, las personas nacidas bajo la modalidad de parto secreto también pueden reclamar legítimamente que no pueden acceder a parte de los registros médicos y administrativos del momento de su nacimiento, información que se encuentra en posesión de trabajadores sociales, personal hospitalario y funcionarios de registro. Esto hace que el procedimiento vigente sea fuertemente cuestionado por algunos especialistas en derechos del niño y algunos grupos de personas nacidas bajo la modalidad de parto secreto.

Por último, el procedimiento vigente gira muchísimo en torno a la decisión de la embarazada. No obstante, el padre, los abuelos y otros familiares tienen un vínculo con el niño y tienen derecho a que no se cercene dicho vínculo: la jurisprudencia ya lo ha reconocido (cuando favorece el interés superior del niño). Esto agrega nuevas aristas que se deben tomar en cuenta, y abre una nueva dimensión de potencial conflicto.

En definitiva, la idea de reformar el sistema de parto secreto está cobrando impulso en la agenda política. Ya en 2011, un informe parlamentario redactado por la diputada Brigitte Barèges recomendaba que se reemplazara el parto secreto por el parto confidencial (*accouchement dans la discrétion*), en cuyo caso, el principal cambio sería que se registraría sistemáticamente la identidad de la mujer. El pedido de reforma ha continuado creciendo desde entonces y ha sido particularmente importante desde que se inició el trabajo preliminar para una reforma de la ley de familia en 2014.

Caminos divergentes hacia el futuro

En el marco de esta nueva legislación propuesta, en 2014 se publicaron tres informes públicos sobre diversos aspectos de la ley de familia:

~ Gouttenoire, A., & Corpart, I. (2014). 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, sobre la adopción y la protección de los niños

~ Rosenczveig, J.-P., Youf, D., & Capelier, F. (2014) De nouveaux droits pour les enfants? Oui dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie, sobre los derechos del niño en general

~ Théry, I., & Leroyer, A.-M. (2014). Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, sobre la filiación y la ley de familia

El acceso a los propios orígenes es uno de los temas en los que más difieren estos informes entre sí.

Según Rosenczveig et al., el anonimato organizado por el estado con respecto a la identidad de la madre es un problema grave para el bienestar de cualquier niño. Los autores plantean que la búsqueda de los propios orígenes no se puede separar de la identificación de los padres biológicos. Por lo tanto, el informe establece que los padres biológicos tienen la obligación de reconocer al niño, con una doble filiación biológica. Según este informe, la identidad de la madre se debería revelar de facto siempre que el niño lo solicite luego de alcanzar la mayoría de edad.

Según el informe de Théry y Leroyer, el anonimato organizado por el estado es también considerado el principal problema en la situación existente. No obstante, plantea la búsqueda de los propios orígenes como algo bastante distinto a la identificación de los padres biológicos: el informe hace una distinción entre conocer la historia propia y conocer la identidad de los padres; también destaca la importancia de recibir asesoramiento en cada etapa. El informe promueve que se refuerce el rol del CNAOP para que pueda registrar sistemáticamente la identidad de la madre biológica, y también la del padre biológico si fuera posible, recolectar más información y hacer un seguimiento de los casos proporcionándoles asesoramiento a los niños que soliciten acceso a la identidad de sus padres biológicos al alcanzar la mayoría de edad. En este marco, también se levantaría automáticamente el anonimato cuando el niño cumpliera 18, pero esto no debería aplicarse retroactivamente y no se podría establecer el derecho sistemático a reunirse personalmente con los padres biológicos.

Por último, según Gouttenoire y Corpart, el anonimato organizado por el estado no es el problema principal, y la solución que propone no modificaría este aspecto. No obstante, sí recomienda que se registre sistemáticamente la identidad de la madre biológica para permitir que el CNAOP le transmita a la madre biológica que el niño presentó una solicitud de que se levante el anonimato luego de alcanzar la mayoría de edad.

No obstante, este informe no propone que el niño tenga pleno derecho a conocer sus orígenes: analiza la posibilidad de que eliminar el anonimato empuje a las mujeres a parir en forma clandestina. El derecho a conocer los propios orígenes se contrasta con una perspectiva más general del bienestar del niño: el derecho absoluto a conocer los propios orígenes pondría en peligro la posibilidad real del niño de acceder siquiera a alguna información sobre sus orígenes (por ejemplo, porque los niños serían abandonados en circunstancias más informales). El informe de Gouttenoire y Corpart también enfatiza la importancia de brindarles asesoramiento a las mujeres involucradas, especialmente cuando solicitan recuperar la tenencia del niño.

Este último elemento es el único de todas estas recomendaciones que se ha incorporado hasta ahora a la legislación francesa. El artículo 33 de la ley N° 2016-297 (14 de marzo de 2016) establece que es obligatorio que los départements les ofrezcan asistencia a los padres biológicos que recuperan la tenencia de sus niños después de que éstos han estado bajo la tutela del estado. El procedimiento francés de parto secreto parece destinado a sufrir modificaciones radicales en el futuro próximo, pero se desconoce cuál será la dirección de la reforma, más allá del fortalecimiento del CNAOP y la introducción de un mecanismo de registro de la identidad de la madre biológica, que es un aspecto en el cual coinciden todos los informes.

Financiación: Este estudio no recibió ninguna financiación particular.

Aprobación ética: Este artículo no contiene ningún estudio realizado por ninguno de sus autores con participantes humanos o animales.

Flora Bolter es una politóloga. Actualmente trabaja como investigadora en el observatorio francés de protección de la infancia, Observatorio Nacional de Protección de la Infancia (ONPE).

Jueza Elsa Keravel es magistrada, ex jueza de jóvenes y actualmente trabaja como oficial de programas para la ONPE.

Milan Momić es un demógrafo. Actualmente trabaja como oficial de investigación para ONPE.

Pr Dr Gilles Séraphin es sociólogo y profesor universitario de la Universidad Paris-Nanterre (CREF, Centro de investigación de educación y formación). Fue director de ONPE de 2012 a 2017.

La Bibliografía es en la siguiente pagina

Bibliografía:

- Barèges, B. (2011) Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret. Paris, France: La documentation française. Extraído de <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000057.pdf> . Consultado el 21 de junio de 2016 .
- Cerese, M. (2012). Il parto in anonimo al vaglio della Corte europea dei diritti: una condanna davvero convincente? Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, 2012 (4), 1-5. Extraído de http://www.rivistaaic.it/download/UUTZVYtXuFFIAouOxbeZO6Efw079anh3jQu9_b0gbwg/cerese.pdf
- Fenton-Glynn, C.(2013). An unbalanced scale: anonymous birth and the European Court of Human Rights. Cambridge Law Journal, 72(2), 263-266
- Godelli, A. c. Italia (33783/09), ECHR, 25 de septiembre de 2012. Extraído de <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-113460&filename=001-113460.pdf> . Consultado el 21 de junio de 2016.
- Gouttenoire, A., & Corpart, I. (2014). 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui. Extraído de http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/2014_rapport_3-1-2.pdf Consultado el 1 de marzo de 2016.
- Juston, M., & Gargoullaud, S. (2014). Médiation familiale et contrat de coparentalité. Paris: Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille. Extraído de <http://www.oned.gouv.fr/ressources/mediation-familiale-et-contrats-co-parentalite> . Consultado el 1 de marzo de 2016.
- Lianos, F. (2012). L'avenir de l'accouchement dans le secret en France. Droit et société, 82 (3), 643-658. Retrieved from <http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2012-3-page-643.htm> .
- Munoz-Pérez, F. (2000) Les enfants nés sans filiation en France, 1965-1994. Population, 55 (4-5), 663-690.
- Observatoire national de l'enfance en danger (ONED). (2016) La situation des pupilles de l'État: enquête au 31 décembre 2014. Paris, France: La documentation française. Extraído de http://www.oned.gouv.fr/system/files/publication/20160209_pupilles2014_web.pdf . Consultado el 21 de junio de 2016.
- Odièvre, P. v France (4236/98), ECHR, 16 de octubre de 2001. Extraído de [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["42326/98"\],"itemid":\["001-43150"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) . Consultado el 21 de junio de 2016.
- Rosenczweig, J.-P., Youf, D., & Capelier, F. (2014) De nouveaux droits pour les enfants? Oui dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie. Extraído de <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000326.pdf> . Consultado el 1 de marzo de 2016.
- Séraphin, G. (2009). L'accès aux origines : les enjeux du débat. Esprit, 360, 82-102.
- Séraphin, G. (2014). Pour une autre politique de l'enfance et de la famille. Lecture de quatre rapports récents. Esprit, 410, 91-106.
- Théry, I., & Leroyer, A.-M. (2014). Filiation, origines, parentalité: le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle. Paris: Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille. Extraído de http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf . Consultado el 1 de marzo de 2016.
- Villeneuve-Gokalp, C. (2011). Les femmes qui accouchent sous le secret en France, 2007-2009. Population, 66 (1), 135-169.

Formación de juristas en derechos humanos: el Programa HELP del Consejo de Europa.

Eva Pastrana



El pasado 3 de octubre de 2017, un grupo de jueces y abogados(as) participaron en la Escuela Judicial española en Barcelona en el lanzamiento del curso HELP de Lucha contra el Racismo y la Xenofobia. Un acto muy oportuno dado el delicado momento político, con Cataluña paralizada por una huelga general en protesta por la fuerza policial ejercida dos días antes para evitar la celebración de un referéndum inconstitucional. Tras un magnífico debate contra la xenofobia la sesión tuvo que ser reducida para poder finalizar antes, por temor a la acción de los piquetes.

El mismo mes se produjo el lanzamiento del curso sobre Discurso y Crímenes de Odio dirigido a un grupo de abogados macedonios y dos nuevos cursos HELP vieron la luz ese día: uno sobre Cooperación Internacional en Asuntos Penales y otro sobre la Trata de Seres Humanos.

Se inició también la preparación del curso HELP sobre Derechos Humanos en el Deporte, como anticipo del mundial de fútbol en 2018. Por otro lado se firmó un acuerdo de financiación con la Unión Europea para elaborar un curso sobre prevención de la radicalización y el programa HELP fue presentado en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Marruecos.

A pesar de que aparentemente parezca un mes muy atareado, lo cierto es que octubre ha sido un mes ordinario en la dinámica agenda del motivadísimo equipo de HELP.

El acrónimo HELP corresponde a la denominación del programa en inglés (European Programme for Human Rights Education for Legal Professionals). HELP está haciendo avances difundiendo conocimiento sobre estándares y valores europeos en áreas tales como la lucha contra la discriminación, el respeto a la privacidad, la garantía de un trabajo decente o la defensa de grupos vulnerables.

El objetivo de HELP es proporcionar formación de alta calidad en materia de derechos humanos a jueces, fiscales y abogados(os) de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, organización que protege a los 830 millones de ciudadanos que viven en su territorio.

EL éxito de HELP radica en dos elementos fundamentales. En primer lugar, la red HELP de escuelas judiciales y colegios de abogados a lo largo y ancho del continente, desde Rusia a Portugal y desde Irlanda a Turquía. En segundo lugar, los cursos de formación para profesionales jurídicos, cursos que ayudaran a estos profesionales a identificar y resolver los asuntos sobre derechos humanos con los que tratan en su trabajo diario.

El informe de 2017 del Secretario General del Consejo de Europa, Thorbjørn Jagland, señala que los mecanismos de control y equilibrio de poderes de los países europeos no son lo suficientemente fuertes para prevenir el populismo ni los grupos nacionalistas y antidemocráticos que cobran cada vez más fuerza. El Secretario General del Consejo de Europa hace un llamamiento a los Estados miembros, a que contribuyan a recuperar la confianza en las instituciones democráticas y a retomar sus obligaciones con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Subraya los retos a los que nos enfrentamos como consecuencia de las actitudes xenófobas, la inmigración, la crisis económica, las desigualdades sociales y el terrorismo.

Con acuciantes retos como los descritos en Europa, cursos de formación como los que HELP ofrece son cada vez más necesarios. Además de estudiar el CEDH, HELP también incluye en su formación la Carta Europea de Derechos Sociales (CSE) y otros Convenios esenciales del Consejo de Europa, así como el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, en constante evolución. Desde 2015, importantes normas de la Unión Europea (ej. en materia de protección de datos o de no discriminación), así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con sede en Luxemburgo, han sido incluidas en aquellos cursos en que resulten relevantes.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El catálogo completo de cursos HELP incluye las siguientes materias, que se actualizan con otras nuevas:

1. Introducción a la CEDH y al TEDH.
2. Criterios de admisibilidad (TEDH)
3. Asilo
4. Justicia adaptada a los niños y derechos de los niños.
5. No discriminación
6. Lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y la transfobia*
7. Protección de datos y derecho de privacidad *
8. Derechos laborales *
9. Derecho a la integridad de la persona (bioética)*
10. Delitos de odio/discurso de odio.
11. Sanción comunitaria y medidas alternativas a la detención
12. Cooperación internacional en asuntos penales
13. Negocios y derechos humanos
14. Falsificación de medicamentos y crímenes contra la salud pública
15. Justicia transicional
16. Derechos patrimoniales
17. Trata de seres humanos
18. Prohibición de maltrato
19. La instrucción judicial en el marco del CEDH
20. Motivación de resoluciones judiciales en el proceso penal

Los cursos están disponibles gratuitamente en el portal de formación online de HELP (<http://help.elearning.ext.coe.int/>), garantizando el acceso de todos los profesionales jurídicos que lo deseen. Las autoridades policiales o los estudiantes de derecho pueden también beneficiarse e inscribirse en la plataforma HELP.

Los cursos han sido diseñados pensando en las apretadas agendas de los y las profesionales del derecho y en las dificultades que tienen para compaginar su actividad laboral y formativa. Los cursos abarcan el tema en cuestión de manera concisa e interactiva, con una amplia gama de ilustraciones, ejercicios y casos de referencia. HELP se propone que los usuarios adquieran conocimientos prácticos sobre cuándo y cómo acudir al sistema de protección europeo. El objetivo no es hacer que cada juez, fiscal o abogado se convierta en un experto en derechos humanos; se trata más bien de crear un reflejo por el que sean capaces de reconocer y actuar ante casos que afecten a los derechos humanos, en aquellos asuntos en los que estén trabajando. De media, cada curso de HELP requiere entre dos y tres horas de aprendizaje a distancia cada dos semanas, en un periodo de entre dos y tres

meses. Asimismo, los cursos pueden ser fácilmente revisados y consultados en cualquier momento por el profesional para afrontar un caso en el que esté trabajando.

El Consejo de Europa se encuentra en una posición privilegiada y única para desarrollar cursos de formación práctica porque, tomando como punto de referencia sus estándares, también puede acudir a la jurisprudencia pertinente del TEDH y a los resultados de sus órganos de supervisión y monitoreo. Los cursos están diseñados por expertos del Consejo de Europa, como por ejemplo jueces o abogados del TEDH, o por profesionales en la materia, que trabajan en las diferentes unidades del Consejo (ej. la Oficina del Comisario Europeo de Derechos Humanos, el Departamento de Ejecución de Sentencias, el Comité de Prevención de la Tortura, las unidades de Protección de Datos o de Bioética, etc.). Esta participación garantiza la alta calidad y el carácter práctico de los cursos. Se pueden consultar ejemplos de videos realizados conjuntamente por el Programa HELP y el TEDH en materias como lucha contra el terrorismo o en materia de asilo.

De hecho, uno de los cursos más demandados ha sido el de Asilo y el TEDH, desarrollado junto al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Este curso fue lanzado en los 10 países más afectados por el gran flujo de inmigrantes. En 2017, el gobierno griego creó su primer servicio de ayuda legal, contratando al 90% del personal entre alumnos de este curso. Está previsto que, en 2018, alrededor de 300 funcionarios turcos de la dirección de migraciones sean formados para mejorar el procedimiento de las solicitudes de asilo.

Asimismo, HELP trabaja junto con la División del Consejo de Europa para los Niños y con el Representante especial del Secretario General para los Refugiados para desarrollar módulos específicos en diferentes aspectos que afectan a los niños migrantes y refugiados, sobre todo en lo que se refiere a las formalidades de llegada, reagrupación familiar, menores no acompañados y a centros alternativos a la detención para niñas y niños refugiados.

En 2017 se completarán dos importantes cursos. El primero sobre justicia amigable para niños. Las niñas y niños entran en contacto con los sistemas judiciales de muy distintas maneras. Esto puede ocurrir por razones familiares como un divorcio o una adopción, en el marco de procesos contencioso-administrativos de nacionalidad o en temas de extranjería o en casos de jurisdicción penal como víctimas, testigos o autores de delitos. Cuando los niños se

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

enfrentan al sistema judicial, entran en un mundo de adultos que les intimida y difícilmente alcanzan a comprender. Por tanto, es necesario asegurarse que tanto el acceso a la justicia como el proceso judicial son amigables y adaptados a las necesidades de los menores.

Junto con la División de Derechos de los niños, el curso ha sido desarrollado por expertos conocedores de la materia, incluido la Presidenta de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados de Menores y Familia, Avril Calder. Como todos los cursos HELP, este curso ha sido desarrollado por profesionales jurídicos para profesionales jurídicos.

El segundo curso HELP de este año ha sido el de Violencia contra las Mujeres y Violencia Doméstica. Dicho curso abarca conceptos clave, el marco legal europeo e internacional, así como la jurisprudencia, con especial énfasis en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul). La mayor parte del curso recoge los pasos procedimentales ante las jurisdicciones penal y civil en casos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica y los riesgos de las soluciones alternativas de controversias.

Por último, durante el primer semestre de 2018, el contenido del curso de Derecho de Familia se hará más interactivo. Se desarrollarán con financiación de la Unión Europea un nuevo curso con dos módulos: unos sobre garantías procesales en el proceso penal y otro sobre los derechos de las víctimas.

En los últimos años, el interés por el programa HELP en Europa ha aumentado exponencialmente. Su plataforma online ha crecido desde los 6.000 usuarios de 2014 a los más de 22.000 en 2017. Esto ha sido en parte gracias a proyectos regionales como %HELP en los Balcanes Occidentales y en Turquía+, %HELP en Rusia+ y la primera fase del programa de formación más ambicioso en materia de derechos humanos para juristas en la Unión Europea. En 2018, con financiación de la Unión Europea, se elaborará el curso en materia de radicalización, una de las prioridades de trabajo del Consejo de Europa. La cooperación con instituciones nacionales de formación, colegios de abogados,

así como con socios internacionales importantes ha sido crucial, especialmente con algunos de ellos como la Red Europea de Formación Judicial, el Consejo de Colegios de Abogados y Sociedades Jurídicas de Europa o la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE.

Si bien los cursos están disponibles en un primer momento en inglés, HELP trata de traducirlos a idiomas nacionales de otros países miembros del Consejo de Europa, así como a adaptarlos a sus ordenamientos jurídicos, una enorme tarea si tenemos en cuenta que el Consejo de Europa cuenta con 47 Estados miembros. Además de los cursos de autoaprendizaje disponibles online, los cursos también pueden ser presentados y tutelados en sesiones presenciales. Dichas sesiones pueden organizarse en colaboración con escuelas judiciales y colegios de abogados bajo demanda.

La formación en derechos humanos debe tomarse como un viaje continuo, que comienza en la niñez y no finaliza nunca. Como adultos en general, y como juristas en particular, debemos mantenernos al día al hilo de la evolución y desafíos actuales.

HELP ha colaborado en gran medida a difundir dichos conocimientos, con cursos online gratuitos que pueden ser utilizados, no solo por profesionales, sino también por universidades y por profesores en sus programas formativos en materia de derechos humanos.

Los tribunales nacionales están en la primera línea de protección de los derechos humanos, por lo que una formación adecuada de jueces y profesionales jurídicos resulta esencial para asegurar que los derechos fundamentales son protegidos de manera efectiva a nivel nacional. Tal y como reza el lema de HELP %buena formación para juicios acertados+, el Consejo de Europa seguirá aspirando a ayudar a todos los actores del proceso judicial a preservar los derechos humanos a lo largo de la geografía europea.

Eva Pastrana

Jefa de la Unidad HELP

Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho

Consejo de Europa

**La Fundación Court Watch Poland
involucra a ciudadanos comunes en la
mejora del sistema de justicia en Polonia**

**Bartosz Pilitowski
Stanislaw Burdziej
Martyna Hoffman**

Court Watch es un movimiento cívico de control social sobre la forma en que los tribunales y el sistema de justicia cumplen con sus deberes. El objetivo del movimiento es mejorar la calidad del servicio, que los tribunales brindan a ciudadanos en los países democráticos. A pesar de casi 30 años desde que la transformación democrática ocurrió, el poder judicial en Polonia todavía lucha con la falta de confianza de los ciudadanos. Desde hace más de siete años, una pequeña ONG de Toruń, Polonia, ha intentado cambiar eso a través del programa de supervisión de vigilancia judicial, que resultó ser el programa más grande del mundo.

La fundación Court Watch Polonia se fundó y comenzó su primer programa de supervisión en 2010. Desde el principio, su objetivo ha sido promover y organizar el control cívico del sistema de justicia en Polonia. El programa de Monitoreo Civil de los Tribunales involucra voluntarios que participan en audiencias judiciales como miembros del público. No representan a ninguna de las partes, sino que observan la forma en que se llevan a cabo las audiencias, prestando especial atención a cómo los jueces y el personal judicial tratan a las partes y a los testigos. Los observadores están equipados con simples formas de observación, que les ayudan a sistematizar la observación y dirigir su atención a elementos cruciales de la justicia procesal. Al enviar a los tribunales a cientos de observadores que participan en audiencias aleatorias, la Fundación tiene como objetivo reconstruir la realidad cotidiana de los tribunales polacos.

En base a estas observaciones, se prepara un informe nacional cada año. Luego se lo distribuye en forma de un manual entre los jueces polacos y otras partes interesadas. La Fundación llega a los jueces también publicando artículos basados en los resultados del monitoreo en la prensa profesional, dando conferencias en la Escuela Nacional de Judicatura y Procesamiento, así como mediante reuniones y capacitaciones con los jueces en tribunales individuales. Para garantizar la independencia, la Fundación financia el monitoreo judicial principalmente de fuentes privadas, excluyendo intencionalmente al Ministerio de Justicia de la lista de posibles donantes.

Hasta ahora, la Fundación ha reunido más de 34 mil observaciones de audiencias de prueba de todo el país y ha publicado siete informes anuales. La metodología aplicada por la Fundación Court Watch Polonia ha sido reconocida por la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (ODIHR / OSCE) que ayudó a publicar el manual en inglés del método utilizado por Court Watch: "Metodología de monitoreo de los tribunales" editado por Stanislaw Burdziej y Bartosz Pilitowski, disponible en la página web de la Fundación: www.courtwatch.pl/in-english.

Contacto con los autores—
b.pilitowski@courtwatch.pl

Reseña bibliográfica de Justice Clarence Nelson*

Introducción al derecho del Pacífico Sur, 4ta edición (2017)



Esta es la última edición de un trabajo que pretende proporcionar una introducción a los sistemas jurídicos del Pacífico Sur. Su objetivo no es abarcar las leyes aplicables en los territorios estadounidenses en el Pacífico, como Guam y Samoa Americana, o los territorios franceses de ultramar, como Nueva Caledonia y la Polinesia Francesa. Tampoco se extiende, salvo en los casos en que se considera expresamente relevante, a Papua Nueva Guinea, Australia o Nueva Zelanda.

Este trabajo se focaliza en los estados insulares más pequeños y, por esa razón, es una valiosa fuente de información unificada sobre las leyes, incluida la jurisprudencia aplicable, de las Islas Cook, Fiyi, Kiribati, Nauru, Niue, Samoa, Islas Salomón, Tokelau, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

Se titula deliberadamente *Introducción al derecho del Pacífico Sur*. No es un análisis exhaustivo de las minucias de ningún concepto o asunto jurídico en particular pero sí proporciona una reseña y perspectiva valiosa sobre los orígenes, los principios fundacionales y la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones.

Para las personas interesadas en el derecho del Pacífico, es una síntesis de fácil acceso sobre el abordaje que ha tomado y desarrollado cada país en su legislación. Para los profesionales, es una valiosa fuente de información específica sobre el Pacífico y un práctico material. Para los estudiantes que están empezando a estudiar el derecho del Pacífico, es una herramienta esencial para la comprensión de los diferentes abordajes y las distintas metodologías que se aplican a problemas y temas comunes.

Los capítulos

El primer capítulo es un repaso útil de la historia y los orígenes de los múltiples sistemas jurídicos del Pacífico Sur. Explica el contexto del derecho del Pacífico y también aborda el tema de la jurisprudencia nacional y en qué ocasiones hay espacio para una jurisprudencia regional o subregional o incluso un abordaje jurisprudencial común.

El capítulo 2 aborda las fuentes de legislación nacional, es decir, las constituciones locales y las diferentes formas de legislación. En particular, el impacto del common law y el sistema de equidad inglés según la evolución histórica de las naciones del Pacífico. Este capítulo reafirma la primacía de la legislación posterior a la independencia pero subraya el problema regional común de lentitud de las reformas legislativas.

El capítulo 3 aborda el importante tema del derecho consuetudinario. Señala que en los países melanesios, a saber Fiyi, Vanuatu, Islas Salomón y Papua Nueva Guinea, hay grandes variaciones en la costumbre, mientras que en las sociedades micronesias y polinesias, las diferencias no son tan evidentes. No obstante, el reconocimiento legislativo del derecho consuetudinario es un aspecto común a todas las jurisdicciones, y las disposiciones relevantes se encuentran convenientemente detalladas en formato tabular.

También se abordan varios aspectos y problemas que surgen de la aplicación de la costumbre y el derecho consuetudinario. Esto incluye referencia al conflicto entre costumbre y tradición y las nociones modernas de igualdad de género y derechos del niño.

El capítulo 4, dedicado al derecho constitucional, examina brevemente la evolución de las múltiples constituciones del Pacífico, su estructura y formato general. También examina brevemente la interpretación constitucional y la aplicación de las disposiciones sobre derechos y libertades fundamentales. No obstante, los autores señalan correctamente que debido a la abundancia de materiales jurídicos y jurisprudencia disponible, estos temas no pueden tratarse exhaustivamente en un trabajo de esta naturaleza. De todos modos, mencionan a autoridades relevantes en la materia y abordan algunos principios básicos de interpretación.

Por otro lado, este capítulo hace un análisis más profundo de los órganos constitucionales de un Estado: el poder ejecutivo, la legislatura, el poder judicial, el sector público y el cargo principal de Jefe de Estado, en las distintas jurisdicciones. Se

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

presta particular atención a temas específicos como derogación, suspensión y revocación de una Constitución y la presencia de disposiciones no justiciables en algunas constituciones.

También en este capítulo se aborda la situación especial de Fiyi (donde la Constitución fue supuestamente derogada durante ciertos períodos políticamente turbulentos) y Tokelau, Islas Cook y Niue, que continúan estando sujetos a las leyes de Nueva Zelanda. Además, se analiza la influencia del common law de Inglaterra y la autoridad de la Reina junto con el tema de las Convenciones Constitucionales.

El capítulo 5 da inicio a la parte central del libro donde se investigan más concretamente áreas particulares del derecho. Por empezar, aborda conceptos de derecho administrativo como revisión judicial, justicia natural y parcialidad, y cómo se han aplicado y desarrollado estos conceptos en las distintas jurisdicciones. Es una valiosa revisión de una materia extensa y cambiante y, como se señala en la revisión de una edición previa, proporciona un compendio y no información detallada+que debe ser procesada por las personas interesadas en el área (Susan Bothmann, *Journal of South Pacific Law*, 4/2000).

El capítulo 6 sobre derecho penal se enfoca en la legislación penal de los distintos países y los principios básicos de responsabilidad penal. Además, aborda tipos de delitos particulares.

El capítulo 7 aborda todos los aspectos tradicionales y principios del derecho de familia, incluida una sección sobre divorcio y un interesante análisis sobre la postura jurídica de algunas jurisdicciones con respecto a las relaciones entre personas del mismo sexo y transexuales.

El capítulo 8 sobre derecho contractual aborda los aspectos principales del derecho relativo a los contratos. Una tarea ambiciosa debido a la extensión del tema. No obstante, le proporciona al lector una buena comprensión básica de los principios relevantes y su aplicación por parte de los distintos tribunales. También le proporciona al lector herramientas valiosas y puntos de partida útiles para profundizar la investigación y el análisis.

Lo mismo se puede decir sobre el capítulo 9 dedicado al derecho de daños (responsabilidad civil), pero no sobre el capítulo 10 sobre derecho inmobiliario.

El último contiene un relato comprensiblemente extenso sobre la propiedad inmobiliaria en las distintas jurisdicciones especialmente en relación con la propiedad consuetudinaria de la tierra, que en la mayoría de los países del Pacífico en Sur, si no en todos, comprende el grueso de la superficie nacional. Los autores también abordan convenientemente los derechos no consuetudinarios sobre la tierra.

El libro finaliza con el capítulo 11, referido a la jerarquía y constitución de los tribunales del Pacífico Sur, tanto civiles como penales. Una guía valiosa sobre los innumerables tribunales y sus límites jurisdiccionales en los distintos países.

Conclusión

Tal como mencionamos al inicio, este trabajo no pretende ser un análisis integral del derecho del Pacífico Sur. Su objetivo es ser solo una introducción y, en ese sentido, es un trabajo académico altamente ameno que cumple plenamente su objetivo. Una valiosa incorporación a la biblioteca de todo profesional y estudiante del derecho del Pacífico Sur.

Los autores

Don Paterson es profesor emérito de derecho en la Universidad del Pacífico Sur. Se graduó en la Universidad Victoria en Wellington, Nueva Zelanda, y la Facultad de Derecho de Yale, Estados Unidos. Es altamente respetado en la región y ha dictado clases en la Universidad del Pacífico Sur durante más de 10 años. También ha publicado otros textos jurídicos sobre aspectos selectos del derecho del Pacífico Sur.

Jennifer Corin es también veterana de la Universidad del Pacífico Sur y es actualmente profesora de derecho en la Universidad de Queensland. Ha publicado profusamente sobre múltiples áreas del derecho del Pacífico basándose en su vasta experiencia como abogada de la barra en las Islas Salomón y otros sitios. Se graduó en la Universidad Griffith, Australia, y en la Universidad de Nottingham, Reino Unido.

Ambos son expertos reconocidos en derecho del Pacífico Sur.

Justice Vui Clarence Nelson* es un magistrado superior de la Corte Suprema de Samoa con más de 30 años de experiencia en el derecho del Pacífico Sur como abogado de la barra en varias jurisdicciones. Es miembro veterano de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia y se le solicitó que revise este artículo para su publicación en *La Crónica*. También es vicepresidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.



En este artículo, comparto algunas reflexiones sobre el derecho comparado, su relación con los objetivos de AIMJF y una propuesta relacionada para el sitio web. También aprovecho la oportunidad para hablar sobre el desarrollo del sitio web de Eventos, que también debería ayudar a realizar comparaciones.

La AIMJF y el derecho comparado

A nivel internacional, los objetivos de AIMJF incluyen:

- Estudiar los problemas presentados por el funcionamiento de las autoridades y organizaciones judiciales involucradas en la protección de los niños y la familia;
- Garantizar la aplicación de los principios nacionales e internacionales que rigen a dichas autoridades y difundirlas más ampliamente; y
- Examinar la legislación y los sistemas diseñados para la protección de los niños y la familia con vistas a mejorar dichos sistemas tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

En el estudio de los aspectos legales y también del desarrollo y bienestar infantil (asuntos universales que no se circunscriben al territorio nacional) está claro que nuestros estatutos guardan buena relación con los objetivos subyacentes del derecho comparado, que:

- Crea una perspectiva internacional sobre los problemas legales y requiere un entendimiento de las similitudes y diferencias;
- Promueve el conocimiento de otros modelos judiciales y alienta a los intérpretes de la legislación nacional a aplicar las mejores prácticas a las decisiones que toman;
- Facilita la comprensión de las diferentes instituciones sociales y culturales de nuestro

mundo, reduciendo el prejuicio y mejorando la buena voluntad internacional;

- Estimula el análisis del sistema de derecho propio, contribuyendo a su mejor formulación y desarrollo; y
- Apoya el desarrollo de pautas y normas internacionales y el trabajo de los tribunales internacionales.

Los problemas relacionados con la niñez y la evolución de los conceptos de niñez y familia son comunes a todos los países del mundo. Hay problemas profundamente arraigados que no son puramente nacionales. La violencia doméstica, el maltrato infantil, la rotura y descomposición de las relaciones familiares son problemas que enfrentan todos los estados y todas las comunidades civilizadas. Sin embargo, los contextos culturales y ambientales de los diferentes estados tienen considerable influencia en la percepción local de los problemas y las respuestas a ellos. También influyen en la forma en que se manifiestan los problemas dentro de las comunidades.

Estas características culturales y ambientales no deben eclipsar la comprensión de los asuntos universales. Debido a la naturaleza internacional de los conflictos de familia, un abordaje de derecho comparado permite que quienes trabajan en los sistemas de justicia dedicados a niños y familia tengan en cuenta soluciones adoptadas por otros países y puede ofrecer una visión más amplia de los asuntos que se encuentran bajo consideración. Está claro que ninguna solución ofrecida por una ley extranjera puede aplicarse directamente a la legislación nacional sin las debidas adaptaciones y sin un estudio de factibilidad previo. No obstante, el conocimiento de soluciones alternativas puede abrirle la mente al jurista y ofrecer una variedad de soluciones que puede adoptar.

El abordaje de derecho comparado produce una perspectiva y un sistema de comunicación que puede ayudar a darles mayor efectividad a los derechos del niño y promover su desarrollo mental y físico saludable en un mundo que cambia permanentemente.

Iniciativas y sitio web

A la luz de lo que antecede, AIMJF apunta a:

- Darles expresión concreta a los objetivos del derecho comparado; y
- Poner en práctica la visión expresada por nuestra Presidente en su discurso inaugural:

Una de nuestras ventajas como organización internacional es que nuestros miembros tienen conocimiento y experiencia sobre un amplio rango de sistemas judiciales y abordajes diferentes. Cada abordaje tiene sus fortalezas y debilidades. [o] Y tener una visión tan amplia puede ayudarnos a determinar qué es verdaderamente fundamental en nuestra búsqueda para mejorarles la vida a los niños, los jóvenes y sus familias+.

Jurisprudencia

Se ha creado una sección especial del sitio web para ofrecer una plataforma en línea en la que los miembros puedan compartir fallos relevantes y jurisprudencia sobre niños y familia. Estamos planificando incluir secciones dedicadas a cada uno de los estados en los que tiene miembros la Asociación.

Es por esto que estamos solicitando la ayuda de todos los miembros para que envíen material. Les pedimos que lo envíen acompañado con un breve **resumen** en uno de los tres idiomas de nuestra Asociación (inglés, francés o español) para ayudar a los demás miembros a comprender el contexto y el contenido del material.

Una vez que haya recibido el material, lo incorporaré lo antes posible al sitio web. En la pantalla principal de Jurisprudencia aparecerá una descripción breve del material, y los materiales estarán organizados por país de origen.

Tengan en cuenta que también pueden enviar material relativo a los **principios** de derecho de familia o niñez o un resumen que describa los sistemas judiciales para niños de su país.

Eventos

La sección Eventos de nuestro sitio web fue creada para que todos los miembros estén informados sobre las iniciativas relacionadas con derecho de familia y niñez.

Los eventos consisten en iniciativas promovidas y organizadas por nuestra Asociación, las asociaciones nacionales afiliadas a AIMJF, las secciones regionales de AIMJF y cualquier otro organismo que comparta nuestros intereses.

Esta página también incluirá **informes** sobre los eventos organizados por AIMJF o en los cuales participa AIMJF, especialmente cuando consideremos que éstos pueden impulsar un debate constructivo sobre el tema dentro de nuestra Asociación.

La sección Eventos apunta a proporcionar información sobre las iniciativas y los temas que se están debatiendo en el mundo y alentar a nuestros miembros a participar en dichos eventos. Esto ayudará a construir conocimiento, sea directo o indirecto, sobre las formas en que otros países están abordando los asuntos relevantes para nuestra Asociación.

Cualquier persona que desee difundir un evento en su propio país está invitada a enviarnos la información correspondiente. Publicaré el material en la página de eventos lo antes posible y también lo agregaré a la página de inicio si es un evento de gran relevancia.

Cualquier persona que desee participar en estas iniciativas debe enviar su material, en por lo menos uno de los tres idiomas de la Asociación, a la dirección: jurisprudence@aimjf.org.

Andrea Conti es abogada doctorada en derecho penal y derecho procesal penal, editora en jefe del sitio web de AIMJF y una de las Representantes Jóvenes de AIMJF en el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

Rúbrica del Tesorera

Anne-Catherine Hatt*

Recordatorio sobre las suscripciones

A principios de 2018 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](#) 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. directamente a las siguientes cuentas bancarias
GBP: a Barclays Bank, Sortcode 204673, SWIFTBIC BRCGB22, IBAN GB15 BARC 2046 7313 8397 45, Account Nr. 13839745

CHF: ao St.Galler Kantonalbank, SWIFTBIC KBSGCH22, BC 781, IBAN CH75 0078 1619 4639 4200 0, Account Nr. 6194.6394.2000

Euro: ao St. Galler Kantonalbank, SWIFTBIC KBSGCH22, BC 781, IBAN CH48 0078 1619 4639 4200 1, Account Nr. 6194.6394.2001

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.

Muchas gracias por adelantado

Anne-Catherine Hatt*

Espacio des contactos	Andrea Conti*
------------------------------	----------------------

Recibimos muchos correos interesantes con enlaces a sitios web que pueden resultar de interes de nuestros lectores, por eso los incluimos en Chronicle. Les ruego me envíen cualquier otro enlace que consideren relevante para publicar en las proximas ediciones.

From	Topic	Link
IAYFJM	Website	Find it here
Child Rights Connect	A global child rights network connecting the daily lives of children to the UN. Press release: Children can now seek justice through the UN	Find it here
CRIN	Website	Find it here
The Child Rights Information Network	Email https://www.crin.org/en/home/what-we-do/	info@crin.org Find it here
Defence for Children International	Website	Find it here
European Schoolnet	Transforming education in Europe Skype e.milovidov Contact elizabeth.milovidov@eun.org ENABLE project information	Find it here
IDE International Institute for the Rights of the Child	Website http://www.childsrightrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison http://www.childsrightrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity	Find it here
IJJO International Juvenile Justice Observatory	Contact Website Newsletter http://www.oiji.org/en/european-research-on-restorative-ij	Find it here Find it here Find it here
OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights	Website	Find it here
PRI Penal Reform International	PRI is an international non-governmental organisation working on penal and criminal justice reform worldwide. PRI has regional programmes in the Middle East and North Africa, Central and Eastern Europe, Central Asia and the South Caucasus. To receive the Penal Reform International (PRI) monthly newsletter , please sign up at find it here	Find it here Find it here
Ratify OP3 CRC TdH	Campaign for the ratification of the OP3: Website	Find it here Find it here
Fondation Terre des Hommes	Newsletter	Find it here
UNICEF Washington College of Law,- Academy on Human Rights and Humanitarian Law	Website http://www.wcl.american.edu/	Find it here

Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2014-2018

Presidenta	Avril Calder, JP	Inglaterra	president@aimjf.org
Vice Presidenta	Jueza Marta Pascual	Argentina	vicepresident@aimjf.org
Secretaria General	Andréa Santos Souza, D.A.	Brasil	secretarygeneral@aimjf.org
Vice Secretaria General	Jueza Viviane Primeau	Canadá	vicesecretarygeneral@aimjf.org
Tesorera	Jueza Anne-Catherine Hatt	Suiza	treasurer@aimjf.org

Consejo—2014-2018

Presidenta	Avril Calder (Inglaterra)	Marie Pratte (Canadá)
Vice-presidente	Marta Pascual (Argentina)	Gabriela Ureta (Chile)
Secretaria General	Andrea S. Souza (Brasil)	Hervé Hamon (Francia)
Vice Sec Gen	Viviane Primeau (Canadá)	Theresia Höynck (Alemania)
Tesorera	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 ultimo presidente inmediato, Hon. Juez Joseph Moyersoen, es un miembro ex-officio del consejo y actua en unacapacidad consultiva sin derechos a voto.

**Reunión del Consejo y sección europea
Raad voor de Rechtspraak y la Universidad de Leiden, Países Bajos
28 y 29 de octubre de 2017**



La imagen de la izquierda muestra a nuestra tesorera ingresando al antiguo banco de bóveda en el edificio de RVDR



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 otorgen 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

Miembros del panel redactor

Judge Patricia Klentak

Judge Viviane Primeau

Dra Magdalena Arczewska

Prof. Jean Trépanier

Dra Gabriela Ureta

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 a 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. Los temas de interés, incluyendo nuevas temáticas, 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

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:

chronicle@aimjf.org

infanciayjuventud@yahoo.com.ar

vicesecretarygeneral@aimjf.org

magdalena.arczewska@uw.edu.pl

jean.trepanier.2@umontreal.ce

gureta@vtr.net



Acceso y Matricula abierta: Master en Derecho - Estudios avanzados en Derecho Internacional de la Infancia y Adolescencia - Universidad de Leiden

[El Departamento de Derecho de Infancia](#) de la [Universidad de Leiden](#) esta recibiendo aplicaciones para su Master en Derecho: [Estudios avanzados en Derecho Internacional de la Infancia y Adolescencia](#) para el curso 2018-2019.

Este master oficial ofrece una preparación especializada e internacional y tiene como objetivo educar y preparar a sus alumnos a responder de manera eficaz a los cambios legales relacionados a la infancia y adolescencia a nivel internacional, regional y nacional.

Este master universitario esta dirigido a licenciados y graduados en derecho de todas las partes del mundo. Graduados y profesionales de otras areas están bienvenido siempre que cuenten con estudios y/o experiencia en el ámbito legal.

[La fecha límite para enviar las aplicaciones](#) para el acceso es el 1 de Abril para estudiantes fuera de la Union Europea y 15 de Junio para estudiantes de la Union Europea. Para más información visita nuestra [pagina de Facebook](#) y accede a nuestro [newsletter](#) aquí.