# CHRONICLE CHRONIQUE CRÓNICA

**Contenidos** **Página**


| | | |
|---|---|---|
| Carta de la Presidenta | Jueza Renate Winter | 4 |
| **Justicia Restaurativa—** | | |
| Visión mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa | Dra Verónica Polverini | 6 |
| Restorative Juvenile Justice—the way forward | Jueza Renate Winter | 9 |
| Declaración de Lima | | 14 |
| El apoyo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) un ejemplo de Samoa | Juez Clarence Nelson | 19 |
| Derechos del menor—justicia para la próxima generación | Juez M Imman Ali | 24 |
| La explotación de menores y protección online del Reino Unido | Maurine Lewin | 28 |
| Educación de jueces en Kabul | Jueza Sonja de Pauw Gerlings-Dohrn | 33 |
| Un día en la vida de un juez de familia | Jueza Sophie Ballestrem | 36 |
| El sistema de Justicia Juvenil en Bélgica | Eef Goedseels | 38 |
| Justicia Juvenil en Estados Unidos | Juez Leonard Edwards | 43 |
| La justicia proteccional de menores en Chile | Jueza Gabriela Ureta Roiron | 48 |
| Juvenile and Child Justice in Quebec | The Honourable Lucie Rondeau | 54 |
| La edad de imputabilidad de Nueva Zelanda | Linda McIver | 56 |
| Una evaluación del sistema de Justicia Juvenil suizo y sudafricano | Ursina Weidkuhn | 59 |
| Legislación para familias indias no residente - un dilema | Anil Malhotra | 64 |
| Espacio del contactos | Redactora | 67 |
| Rubrica del Tesorera | Avril Calder | 68 |
| Consejo y Ejecutivo | | 69 |
| Crónica—La voz de la Asociación | | 70 |

## Mensaje de la redactora — Avril Calder

**Justicia restaurativa**
En noviembre de 2009 se realizó el primer Congreso Mundial de Justicia Restaurativa en Lima, Perú, un importante congreso en el cual nuestra asociación tuvo una gran participación y en el que también se contó con la colaboración de Jean Schmitz, un miembro de *Terre des Hommes* y uno de los principales organizadores del congreso, además de nuestra Presidenta, que realizó una de las presentaciones centrales. La Dra. Verónica Pulverini tuvo la amabilidad de enviarnos una reseña del evento. También tengo el placer de incluir en este número una versión abreviada de la presentación de nuestra Presidenta, que aporta mucho para entender el significado de la justicia restaurativa para menores, y el texto completo de la Declaración de Lima.

**Convención sobre los Derechos del Niño**
En noviembre de 2009 se cumplieron veinte años de la Declaración de los Derechos del Niño (CDN). Tengo el agrado de publicar la opinión del Juez Clarence Nelson de **Samoa**, Pacífico Sur. Aunque la CDN aún no se ha incorporado a la legislación nacional de Samoa, su opinión se basa en la violación a los artículos 37 y 40 de la CDN cuando se debe decidir la admisibilidad de pruebas en casos de homicidio que involucran a jóvenes de 16 años.

De modo similar, el Juez Imman Ali, de **Bangladesh**, argumenta vehementemente a favor de que los menores se vean beneficiados por las disposiciones de las convenciones internacionales, particularmente de la CDN, y espera que se introduzcan modificaciones a la Ley del Menor de 1974 y que en su país se adopte el Código del Niño para garantizar la incorporación de la CDN a la legislación nacional de Bangladesh.

**Protección del Menor**
Maurine Lewin, abogada y jefa del Departamento Legal del Centro de Explotación del Menor y Protección Online (CEOP), de **Londres**, Inglaterra, describe claramente y en forma muy informativa las difíciles realidades que enfrenta el CEOP en su trabajo para la protección de los niños contra la explotación sexual, tanto en el Reino Unido como a nivel internacional. Es un informe muy vívido y nos recuerda que el trabajo de este tipo de organizaciones es clave para el bienestar de los niños y es una tarea que nunca termina.

A continuación, incluimos dos **viñetas**. La primera, escrita por la Jueza Sonja de Pauw Gerlings-Dohrn, de los Países Bajos, se refiere a un curso de capacitación que dio en Kabul, Afganistán, donde la mayoría de los jueces no tenían conocimiento de la CDN, y la segunda, por la Jueza Sophie Ballestrem de Alemania, describe un día en su vida como jueza de un tribunal de familia, que seguramente les traerá recuerdos de sus propios días de trabajo.

**Sistemas de Justicia Juvenil**
En cada número de Crónica, hemos publicado por lo menos un artículo sobre el sistema de justicia juvenil del país del autor. En esta edición, me enorgullezco de presentar nada menos que siete:

- uno de **Bélgica**, escrito por Eef Goedseels, un investigador del Departamento de Criminología del Instituto Nacional Belga de Ciencias Forenses y Criminología (NIICC);
- uno de **EUA**, por el Juez Len Edwards, que presenta un sucinto informe sobre los principios que se aplican en 50 estados;
- uno de **Chile,** por la Jueza Gabriela Ureta Roiron, cuyo artículo se refiere a las presentaciones que hizo en el congreso celebrado recientemente en Mendoza, Argentina (ver artículo de la presidenta en página 4);
- uno de **Quebec**, Canadá, por la Jueza Lucie Rondeau, que se refiere a la interacción entre la legislación federal y provincial;
- uno de **Nueva Zelanda**, por Linda McIver, Asesora de Investigación del Juez Principal del Tribunal de Menores, en la que nos pone al tanto sobre la tendencia a tratar los delitos más graves cometidos por menores de 12 y 13 años en el Tribunal de Menores en lugar de hacerlo en el Tribunal de Familia; y
- uno de **Suiza**, por la jueza Ursina Weidkuhn**,** quien se pregunta si la legislación internacional puede servir de modelo para la justicia juvenil y brindarles a los distintos estados una guía valiosa y hasta qué medida los sistemas de Suiza y Sudáfrica respetan la legislación internacional.

Esta 'recolección' de artículos me confirma la idea de que Crónica debería tratar, por lo menos hasta cierto punto, de establecer un tema para cada edición. Quizás, por ejemplo, más artículos de opinión como el del Juez Nelson serían una buena base para elaborar cada número de Crónica.



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

El artículo final, al igual que el de la Jueza Weidkuhn, se basa también en un libro, el de Anil Malhotra, un abogado de la India que, como ustedes recordarán, tiene una activa participación en los casos de indios no residentes que acuden a la justicia para resolver problemas familiares.

**El Consejo y la Asamblea General** se realizarán en Túnez en el marco de nuestro próximo **Congreso Mundial** en abril. En la página de Internet del Congreso, www.aimjf-tunis2010.org.tn, se pueden realizar inscripciones y reservas de hoteles para asistir a este congreso que promete presentar una serie de trabajos y debates sobre los distintos abordajes a los problemas de los jóvenes y las familias bajo las modalidades del derecho civil, el sistema del *common law* y la Sharia.

Ésta es la última edición de Crónica antes del Congreso de Túnez. Cuando edité mi primera edición hace tres años conocía a pocos de ustedes. Hoy día mantengo contacto por correo electrónico con muchos de ustedes. Me complace mucho tener esta posibilidad y me gustaría agradecerles sinceramente por hacer que mi tarea resulte tan agradable y por compartir su experiencia, haciendo de este modo que Crónica sea la **'Voz de la Asociación'.** Les ruego que me disculpen por dar nombres, pero nuestra Presidenta ha sido una fuente constante de apoyo y las juezas Gabriela Ureta Roiron, de Chile, y Ginette Durand Brault, de Quebec, han editado cientos de miles de palabras en español y en francés, respectivamente, una tarea que me excede ya que soy inglesa y monolingüe!

Espero ver a muchos de ustedes en abril en Túnez.

**Avril**

acchronicleiayfjm@btinternet.com

## Carta de la Presidenta — Renate Winter

**Estimados amigos y colegas:**
En primer lugar: FELIZ 2010. Espero que todos tengamos un feliz año y que sea un año muy exitoso para la AIMJF.

Desde la última edición de Crónica han tenido lugar algunos eventos muy interesantes e importantes, sobre los cuales me gustaría informarles.

El primero es el exitoso primer congreso internacional sobre justicia restaurativa que se celebró en Lima, Perú. Encontrarán más información sobre el congreso en esta edición de Crónica, por lo tanto no entraré en detalles, pero me gustaría resaltar la importancia de este congreso. Cuando hablamos sobre el sistema de justicia restaurativa con otros expertos, profesionales y académicos, como me ha sucedido muchas veces en numerosos países, casi todos parecen muy optimistas con respecto a este tema.

Cuando hagan un análisis un tanto más exhaustivo, como lo tuvo que hacer el comité científico para decidir a quiénes elegir para que hablen sobre experiencias relevantes, ya fueran buenas o malas, rápidamente notarán que hay mucha confusión sobre el tema. Algunas personas piensan que la justicia restaurativa consiste en programas para prevenir la delincuencia, otros piensan que consiste en no castigar nunca a los delincuentes, y otros consideran que los servicios sociales podrían ocuparse de la justicia juvenil en lugar de que lo haga el poder judicial en forma completamente autónoma. Uno de los grandes logros de este congreso fue elaborar una correcta definición para determinar qué es exactamente la justicia restaurativa.

Además, hubo otro logro importante. Existen muchos expertos con amplio conocimiento sobre justicia restaurativa, pero no muchos de ellos han reflexionado sobre la justicia restaurativa en el ámbito de la justicia JUVENIL. También hay muchos expertos que saben sobre justicia juvenil, pero no muchos de ellos han reflexionado sobre la justicia juvenil RESTAURATIVA. Creo que ustedes entienden a qué me refiero. El objetivo de este congreso fue determinar qué se necesita para que la justicia juvenil tenga las herramientas para desarrollar programas de justicia restaurativa especialmente diseñados para jóvenes de menos de 18 años. Este fue el gran tema y creo que el congreso hizo grandes progresos en este sentido. Será tarea del próximo congreso, que muy probablemente se realizará en un país latinoamericano, continuar trabajando en este sentido para ver cómo funcionan las herramientas y cómo mejorarlas, o para contemplar la posibilidad de crear nuevas herramientas, si se considera necesario.

El segundo congreso, que se realizó en Mendoza, Argentina, también fue importante. Fue el primer Congreso Latinoamericano de justicia juvenil y reunió a representantes de muchos países latinoamericanos y sudamericanos.

En este caso, lo importante fue identificar los problemas habituales en el campo de la justicia juvenil y encontrar soluciones comunes, especialmente para los problemas de naturaleza internacional. Dado que en muchos países latinoamericanos el juez de menores también es, de una forma u otra, un juez de familia, y tiene que abordar la protección de los menores, fue muy promisorio ver cómo los representantes de distintas jurisdicciones trataron de encontrar formas de relacionarse eficientemente para resolver problemas urgentes y de desarrollar estrategias para sortear dificultades administrativas innecesarias. Este exitoso congreso finalizó con la creación de la Asociación Internacional de Jueces de Menores Latinoamericanos y Personal Auxiliar que desea ser socio de la AIMJF. El Ejecutivo analizará los estatutos y presentará la solicitud ante la Asamblea General de Túnez.

Por cierto, el Congreso de Brescia, realizado en Italia en noviembre de 2008, también ha dado sus frutos. Se está creando la rama europea de la AIMJF, se han presentado los estatutos y espero ansiosamente la oportunidad de presentarlos ante la Asamblea General.

En el tercer evento importante, que tuvo lugar en Estocolmo, Suecia, y se realizó bajo la presidencia de la UE de Suecia, se trató el tema de los niños víctimas y testigos antes, durante y después de un procedimiento judicial. Ustedes seguramente recordarán que la AIMJF participó en la redacción de la ley modelo de la ONU y sus leyes complementarias. Muchos colegas de diversos países europeos se hicieron presentes para debatir sobre el impacto de los procedimientos policiales o judiciales en los niños y sobre cómo prevenir sus efectos negativos. Me complace ampliamente ver que finalmente se está teniendo en cuenta a este grupo de niños vulnerables al que se ha descuidado durante tanto tiempo y espero que también otros continentes se beneficien de los progresos logrados. También estoy segura de que nuestros miembros colaborarán todo lo posible cuando se les pida que informen a sus gobiernos sobre la protección que estos jóvenes necesitan.

Finalmente, quiero anunciar que nuestros miembros de Túnez, ATUDE, invitaron al Ejecutivo a visitar Túnez en el mes de noviembre, en primer lugar para que participe de un congreso de justicia juvenil patrocinado por el gobierno de Túnez y la Organización Francófona Internacional con el fin de explorar las buenas prácticas en el campo de la protección infantil en todos los países de habla francesa y, en segundo lugar, para definir el programa y la sede de nuestro próximo congreso. Los debates fueron muy fructíferos (aunque largos e intensos) y las conclusiones se pueden ver en el sitio de Internet del congreso, www.aimjf-tunis2010.org.tn.

En el sitio web indicado se pueden consultar el programa, la lista de oradores (los que ya están confirmados), el detalle de las sedes, que comprende diferentes hoteles, y un paquete que cubre inscripción, transporte y eventos especiales. Les pedimos por favor que consulten esta información, se inscriban a la mayor brevedad posible y nos informen en qué talleres desean participar (como primera y segunda opción) para que podamos organizar mejor la gran variedad de talleres, mesas redondas y rondas de debate.

Espero verlos a todos ustedes allí y quiero hacerles un pedido especial, que surge como una idea mía que no he consultado con nadie más. Me parece que sería una excelente idea que todos los participantes traigan un pequeño obsequio, algo típico de su país, para los organizadores. Luego podemos hacer un bazar oriental y hacer una subasta en honor a la dama que ya cumplió 80, nuestra AIMJF. Por favor, comuníquenme si les parece una buena idea y si les gustaría participar.

Estimados amigos y colegas: esta idea es la última con la que los molestaré, ya que esta será mi última comunicación hacia ustedes en Crónica como Presidente de nuestra Asociación. El Ejecutivo hará todo lo posible para poner a su disposición, por lo menos un mes antes del congreso, todo el material que debemos tratar durante la Asamblea General, la redacción de un nuevo código de ética para jueces de menores, una lista de candidatos para los cargos del Ejecutivo durante el período 2010-2014 y el programa de la Asamblea General. Si desean incluir un tema en el programa, por favor no olviden mandarlo a tiempo ya que hay que informar a todos los miembros. Espero no haber omitido ninguna información importante, pero si ha sido así, estoy segura de que nuestra Editora en Jefe, la Magistrada Avril Calder, se los recordará (y me lo recordará a mí).

Para concluir, espero que hayan disfrutado esta nueva edición de Crónica y de la forma en que se ha editado durante estos cuatro años. Me resta agradecerles a todos los que ayudaron para que esto se haga realidad: los autores de los artículos, los revisores, los traductores, la editora en jefe (un agradecimiento especial para ella) y todos los que tuvieron la amabilidad de comunicarnos que les gustó nuestra Crónica.

Una vez más, les deseo que tengan un excelente y feliz 2010.

Nos vemos en Túnez.

Renate



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

# Visión mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa

Dra Verónica Polverini

Entre los días 4 a 7 de noviembre de 2009 se celebró en Lima, Perú, el Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, con la participación de más de 1000 personas provenientes de 63 países de los cinco continentes. El documento final del Congreso, difundido como Declaración de Lima, representa no sólo una importante herramienta técnica en la materia con sólidas recomendaciones a los Estados y Organismos Internacionales, sino el consenso mundial de especialistas sobre el tratamiento que deben recibir los adolescentes en conflicto con la ley.

Profesionales de extensa y reconocida trayectoria, académicos y quienes desde su función trabajan cotidianamente con niños (desde el Poder Judicial y otras magistraturas, la función pública en distintas áreas o como miembros de organizaciones no gubernamentales o de las diversas agencias internacionales dedicadas a la infancia), acordaron que la Justicia Juvenil Restaurativa, respetuosa tanto de los derechos del adolescente infractor como de la víctima, satisface adecuadamente las necesidades del todo social sin perder de vista el interés superior del niño.

El verdadero desafío es entonces que este acuerdo de los especialistas internacionales se transforme en medidas concretas: legislativas, judiciales y de políticas públicas. Es necesario que las sociedades y los Estados, ante el evidente fracaso de anteriores modelos, avancen hacia otros nuevos, sin la dureza de la represión penal que confirma al joven en el delito (bajo nuevas formas de retribucionismo) ni la injusticia de la arbitrariedad (encubierta por la idea de tutela o rehabilitación).

Nos detendremos en el análisis de algunos aspectos de la Justicia Juvenil Restaurativa sobre la base de las siete conferencias magistrales que tuvieron lugar en el Congreso. Los conceptos centrales analizados por los disertantes representan el intenso trabajo desarrollado en 21 talleres y más de 20 conferencias especializadas, a las que se sumaron 60 ponencias internacionales expuestas en 9 comisiones convocadas al efecto en las cuatro lenguas oficiales del encuentro.

La conferencia de apertura estuvo a cargo de Renate Winter, actual presidenta de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, quien se refirió a la evolución histórica del proceso penal de menores hasta la creación de los sistemas diferenciados de justicia juvenil. En este punto, subrayó la necesidad de superación de los modelos retributivos y de bienestar, evitando caer en tendencias neoretribucionistas, pues ello implica un retroceso y no una mejora en la justicia juvenil, tanto para los jóvenes como para la sociedad.

Sobre la base de estructuras fundamentales del sistema de justicia juvenil es posible imponer la restauración como objetivo. Es decir, el proceso judicial no tiende a la identificación de un culpable al que hay que castigar, sino a que el mismo adolescente asuma su responsabilidad, a la reparación de los daños producidos (a la víctima y al propio ofensor) y al restablecimiento de la relación con la comunidad. Se privilegian así las capacidades y necesidades del joven a la vez que se consideran las expectativas sociales.

Jean Zermatten, Vicepresidente del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, hizo un exhaustivo análisis del marco normativo internacional en materia de justicia juvenil. Puso particular énfasis en la Observación General N° 10 del Comité de 2007 en relación con el concepto de restauración. Su análisis demostró con claridad que aun cuando la Convención sobre los Derechos del Niños y demás normas internacionales no se refieren expresamente a la Justicia Juvenil Restaurativa, ésta se adecua a los estándares y requisitos establecidos.

Instrumentos técnicos como la remisión, la suspensión del juicio a prueba y la mediación, permiten evitar la sistemática privación de la libertad de los jóvenes, sin que se opongan seguridad pública e interés superior del niño, como falsamente sostienen quienes pretenden la temprana criminalización de los adolescentes.

La tercera conferencia magistral subrayó el error que significa en los sistemas de justicia juvenil poner foco en la idea de pura rehabilitación o puro castigo. Lode Walgrave, Profesor Emérito de Criminología en la Universidad Católica de Lovaina, sostuvo que en este marco la Justicia Restaurativa aparece como "una opción para hacer justicia después de ocurrida una ofensa que es principalmente orientada a reparar el daño individual, relacional y social causado por el infractor".

La fuerte presión social ejercida sobre sistemas en los que la rehabilitación monopoliza el objeto del proceso, y por lo tanto acalla la voz de la víctima, está provocando un triste retorno a sistemas represivos, donde se privilegia el castigo como forma de venganza, lo que tampoco satisface a quien sufrió la ofensa.

Michael Corriero, Magistrado de la Ciudad de Nueva York, basó su exposición en elementos de su amplia trayectoria como juez juvenil. Desde el análisis de casos concretos probó la necesidad de evitar la equiparación de la respuesta judicial a los adolescentes con la que se da a los adultos, como si esto fuera una garantía para el niño o para la sociedad.

"Juzgar a los niños como niños" es el título de su libro en la materia, que sintetiza formidablemente el eje del pensamiento del autor, puesto que esa sola idea representa la confianza que debemos depositar en la libertad de los jóvenes.

Ofrecer una segunda oportunidad al adolescente infractor, es dársela a la sociedad. La inclusión del adolescente en programas alternativos -aun sin certezas- permite abrir nuevos horizontes en su destino, mientras que el encarcelamiento -y esto es seguro- lo confirma en el delito.

Esta última cuestión también fue tratada por Willie Mc Carney, magistrado con más de 30 años de experiencia en Irlanda del Norte y anterior Presidente de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia. Su análisis partió de la realidad de los niños que permanecen en hogares de cuidado o centros de protección infantil, cuya situación y oportunidades son notablemente inferiores respecto de aquellos que viven en familias funcionales.

Es habitual que cualquier infracción, por mínima que sea, cometida por un adolescente alojado en un centro asistencial sea inmediatamente comunicada a la autoridad policial, iniciándose así el circuito que deriva en la intervención de tribunales juveniles y la eventual privación de libertad del joven. Esto no sucede en cambio en marcos familiares propicios, donde los comportamientos negativos del adolescente son tratados por los mismos padres o tutores sin llegar a la intervención policial y menos aun al tratamiento penitenciario.

El principio de la Justicia Restaurativa tiende por lo tanto a unificar la respuesta que la sociedad da a todos sus jóvenes, con familia continente o sin ella. Facilitar en forma oportuna, a través de personal especializado, los acuerdos entre el joven ofensor y los afectados, permite evitar la mecánica criminalización de los adolescentes, sobretodo de aquellos más expuestos.

En este contexto, la educación aparece como elemento fundamental en la prevención del delito pero también como forma de respuesta. Alejandro Cussianovich, pedagogo, Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional Federico Real y sacerdote católico, reflexionó sobre el rol de la educación. Los modelos educativos penalizadores y estigmatizantes refuerzan la fractura social mientras que la justicia restaurativa busca recomponer el vínculo entre el joven y la comunidad.

El educador, desde que asume la posición de adulto que acompaña y guía al joven, no es ni puede ser neutral. Su lugar es el de la defensa y protección de los derechos de ese adolescente que al cometer una infracción se daña también así mismo. Educar en la responsabilidad y no en el castigo es el modo de generar resiliencia y no rencor.

Finalmente, Atilio Álvarez, Defensor Público de Menores en la República Argentina y Presidente del Comité Científico del Congreso, cerró las disertaciones haciendo hincapié en la necesidad de superar el modelo imperante, que lleva en América Latina a procesar cada vez más niños y de menor edad, y de protagonizar un cambio de actitud que abandone la ciega confianza en el proceso penal como elemento de consecución de paz social.

Señaló que la Justicia Juvenil Restaurativa al tener como finalidad no el castigo sino la reparación del daño sufrido por la víctima y su grupo familiar y social, con la conducta positiva del victimario y su propio grupo, es el único camino que propende a una verdadera paz.

El lugar de la víctima en la Justicia Juvenil Restaurativa, a diferencia de los modelos tutelarista y neoretribucionista, que solamente la consideran como un testigo del hecho, cobra particular importancia, y repotenciada su participación con los debidos recaudos significará un reencuentro de la sociedad con la confianza en su administración de Justicia.

Desde ese punto de vista la Justicia Juvenil Restaurativa es la única verdaderamente social, porque cultiva a la vez una firme confianza en la libertad, un llamado profundo a la responsabilidad personal más que a la incriminación penal, y un recurso permanente al compromiso de toda la sociedad con sus miembros más jóvenes.



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

Lo expuesto sintetiza el pensamiento de expertos que además de reconocido nivel académico han demostrado en sus acciones verdadero compromiso con la juventud.

A la actividad científica se añadió la cultural, y a los adultos se sumaron niños, en un clima de complementariedad y armonía.

Los jóvenes nos estuvieron ausentes del encuentro, y a más de participar en los 21 talleres llevados a cabo, protagonizaron momentos hermosísimos de expresión artística y de habilidades asombrosas en actividades propias de la adolescencia.

Cada día y cada momento del Congreso contó con el natural acompañamiento de música, canto, danza, pintura, teatro, acrobacia y hasta un toque jocoso que convirtió a este acontecimiento científico no solamente en uno de los más profundos, sino en el más agradable de todos los que hayan vivido sus participantes.

**Dra Verónica Polverini** es un abogado y del Defensor Público de Menores (ad hoc) de la Capital Federal, Argentina

## La justicia juvenil restaurativa—el camino por delante

Jueza Renate Winter

Poner a un menor en contacto con el sistema de justicia penal es una cuestión extremadamente delicada. En mi opinión, es necesario buscar primero las formas de impedir que los menores lleguen a la justicia en lugar de pensar en soluciones para darles el mejor tratamiento posible una vez que ya han ingresado al sistema.

En la mayoría de los países del mundo los menores detenidos en las prisiones juveniles, los centros de detención, las instituciones de reclusión – se los llame como se los llame— están hacinados. Niños que, en primer lugar, no deberían haber sido detenidos, ya que han cometido delitos menores, permanecen demasiado tiempo en este tipo de lugares. El mero hecho de que sean tantos los menores que se encuentran detenidos es un obstáculo para aplicar medidas eficientes y apropiadas de educación, atención de la salud y formación vocacional, aunque, según los términos de la ley, los menores están siendo detenidos precisamente para que reciban tal asistencia.

Claramente, tiene que haber una reacción inmediata ante la conducta inadecuada, transgresora o delictiva, y si fuera posible, en el mismo momento en que se observa dicha conducta, a fin de evitar la perpetuación de conductas antisociales en el menor trasgresor. Por lo tanto, aún si se tratare de un delito menor, la reacción inmediata es necesaria para prevenir la comisión de delitos más graves.

Tomemos el caso de un grupo de jóvenes de 15 años que cometieron actos de vandalismo con los asientos de un espacio público. Si se los obliga a reparar los bancos, ¿no entenderían rápidamente cuánto trabajo se necesita para hacerlos y cuál es su valor? ¿no sería una medida más eficaz que darles un castigo formal, con lo que se los estigmatiza y se los rotula como delincuentes e inútiles? (Además de que los jóvenes podrían de este modo aprender carpintería).

**Cambio de actitudes**

Recuerdo que había un tiempo en el que los niños en mi país no tenían ningún estatus social. No eran tomados en cuenta, eran instrumentos utilizados por los adultos para aportar a los ingresos familiares y como un seguro para la vejez. Los nacimientos no eran planeados y los niños no eran miembros valorados de la familia, sino bocas extra para alimentar y manos extra para trabajar. No hablaban con los adultos sobre sus planes y sueños para el futuro. Cuando se los descubría en conductas contrarias a la norma eran rápidamente considerados "mini adultos" y se los castigaba como adultos, aún por faltas menores. Lamentablemente, todavía hay muchos niños que reciben este tratamiento en el mundo de hoy.

Recuerdo haber leído la historia de un niño de 10 años que vivía en Europa en la Edad Media. El niño había luchado en una guerra, lo que ya era horroroso desde mi punto de vista, pero su destino fue peor aún. Fue dado de baja sin recibir ninguna asistencia y, a causa del hambre, se vio forzado a robar pan. El castigo que recibió a la edad de 10 años fue la horca. Este niño recibió el mismo castigo que recibían los adultos por delitos menores.

Recién al comienzo del siglo pasado, cuando se hicieron enormes avances en la ciencia y la educación, se tomó conciencia de que los niños eran distintos de los adultos. Los gobiernos comenzaron a apreciar el valor de la educación primaria obligatoria. Los maestros fueron los primeros en reconocer las distintas etapas del desarrollo intelectual de un niño y, como consecuencia, las distintas etapas en la capacidad de un niño para ser considerado responsable de sus actos. Se comenzó a reflexionar sobre la responsabilidad penal de los menores y se puso de manifiesto que un niño que comete un delito debe ser tratado utilizando estándares diferentes de los que se utilizan para los adultos que delinquen. Nació así la idea de los distintos sistemas de justicia juvenil.

**Modelo de bienestar**

Uno de los conceptos que se desarrolló fue el que se denominó modelo de “bienestar”. En el marco de este modelo se consideraba que la explicación de las trasgresiones era que la sociedad estaba en falta, que el niño estaba influenciado por factores negativos originados en un sistema disfuncional y que el niño no era un ser humano totalmente desarrollado, no podía comprender su falta y por lo tanto, no podía ser considerado responsable de sus actos.

Las soluciones propuestas bajo este sistema frecuentemente comprendían el uso de instituciones en las que se podía brindar cuidado y educación a los menores díscolos, el cuidado y educación que obviamente les faltaba en el entorno de su hogar, porque si no, ¿por qué otro motivo habrían de delinquir? La amenaza de ser derivados a este tipo de instituciones, especialmente a las instituciones de reclusión, durante "todo el tiempo que hiciera falta" para reeducar al menor trasgresor era muy real. El

Estado, como guardián de los niños, o su representante, el juez, decidían qué curso de acción tomar, si bien todo se hacía en función del interés superior del niño en cuestión, tal como se entendía el concepto de interés superior. Como no se consideraba que los niños eran seres humanos totalmente desarrollados, no se tenía en cuenta su opinión (y de hecho era totalmente ignorada). También se ignoraba el punto de vista de las víctimas. La responsabilidad estaba en manos de la sociedad que había producido el contexto en el que se había cometido la falta. Al niño no se le daba la oportunidad de reparar el daño que había causado ya que se consideraba que no tenía ninguna culpa por su trasgresión. Todavía se mantiene este principio en los sistemas tutelares en algunos países de Latinoamérica.

**Modelo retributivo**

Un sistema completamente diferente, que podría describirse como prácticamente opuesto al sistema de bienestar, fue el que se instituyó en la mayoría de los países europeos y los países en los que rige el *common law*: el "modelo retributivo". Este modelo no parte de la falla de la sociedad, sino de la falla en el respeto y en el cumplimiento de las normas. Bajo este modelo se utiliza el castigo como medio para enseñar que está mal transgredir. El castigo del que delinque debe ser proporcional al sufrimiento causado a las víctimas. En un pasado no muy lejano se conocía a este principio como "ojo por ojo", pero afortunadamente ha evolucionado en la mayor parte del mundo a una actitud más humanitaria, ya que a los delincuentes ya no necesariamente se les impone un castigo tan grande como el daño que ha sufrido la víctima. Hoy en día el derecho internacional por lo menos prohíbe la aplicación de la pena de muerte por delitos cometidos por menores de 18 años. Sin embargo, todavía hay países en los que se aplica la pena capital a menores. También es cierto que el derecho internacional prohíbe los castigos corporales, y este principio tampoco se respeta en muchas partes del mundo.

Bajo el modelo retributivo, las víctimas no tienen voz y no revisten ningún otro interés fuera de medir el grado de castigo que le corresponde al trasgresor. Su rol en los procedimientos penales es exclusivamente el de testigos. El Estado y su representante, el juez, deciden el curso de acción sin involucrarse en discusiones con la víctima o el delincuente respecto de sus necesidades. En este sistema el niño es considerado como un "mini adulto", es rotulado como delincuente y, en algunos casos, tratado en el marco de los sistemas penales diseñados para adultos. No obstante, su responsabilidad puede ser menor que la responsabilidad plena de los adultos. Esto puede resultar en "circunstancias mitigadoras" del delito, pero no en la resolución de los problemas del niño. La consecuencia de esta actitud es la estigmatización de los niños que violan la ley, lo que definitivamente no ayuda a su futuro desarrollo. Además, las víctimas suelen ser sometidas a revivir el trauma en los largos y tediosos procedimientos judiciales y no reciben ninguna compensación por su sufrimiento.

En los sistemas de justicia contemporáneos no existen ni el sistema de bienestar ni el sistema retributivo en sus formas puras, sino que conviven elementos de ambos combinados en diversos grados. Además, se ha comprobado que sobrecargar a un niño con la responsabilidad y con un castigo proporcional al daño causado tiene efectos negativos duraderos sobre su futuro desarrollo.

Independientemente del sistema de justicia que se aplique, la influencia de la cultura, la tradición y la religión, particularmente sobre los sistemas de justicia juvenil, no debe ser ignorada. En las sociedades en las que la religión determina que debe haber arrepentimiento y castigo por las faltas cometidas, las medidas alternativas que no implican castigos tienen pocas probabilidades de ser aplicadas, en detrimento tanto de las víctimas como de los infractores.

**Justicia restaurativa**

A fines del siglo pasado se reinstituyó un antiguo sistema de justicia. Este sistema se utilizaba cuando no existían sistemas de organización legal tales como los que conocemos hoy, y las personas se reunían bajo la dirección de un jefe, anciano u hombre sabio para encontrar soluciones a los problemas cotidianos. Cuando un menor cometía una falta, los padres lo llevaban ante la víctima, pedían disculpas y se reparaba la falta. Esta antigua técnica cultural fue la base de la investigación llevada a cabo por eminentes juristas, tales como Zehr y Braithwaite, y evolucionó a lo que se denominó el modelo de "justicia restaurativa". En el modelo de justicia restaurativa se presta igual consideración a la víctima y al delincuente. La justicia restaurativa no funciona en base al concepto de ruptura en la sociedad o ruptura de normas, sino que parte de las relaciones lesionadas y del daño sufrido por personas. Bajo este sistema, se incorpora al niño a un procedimiento diseñado para cicatrizar y para restablecer y se elimina la amenaza del castigo. No es el Estado ni el juez quienes deciden qué medidas deben aplicarse a la víctima o al delincuente, sino que se lo decide a través de un sistema participativo; al menor que ha delinquido se lo motiva a asumir la responsabilidad por lo que ha hecho y a participar plenamente en el proceso de perdón y reparación.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

Este enfoque toma en cuenta las necesidades de todas las personas afectadas por la falta y se orienta a restablecer la paz entre la víctima y el infractor y entre el infractor y la sociedad en la que todos deben vivir.

No es fácil describir claramente en qué consiste la justicia restaurativa. Quizás ayude describir lo que la justicia restaurativa **no es**.

- Peter robó un teléfono celular a su vecino y lo encontraron con el teléfono robado. Se le puede pedir que devuelva el objeto y que pida disculpas al vecino. Peter en ese caso piensa que sorteó el problema sin demasiadas consecuencias. Si bien este procedimiento puede favorecer al infractor y la víctima recupera su teléfono además de recibir un pedido de disculpas, Peter no entiende su falta y es muy probable que recurra. Esto no es justicia restaurativa.
- En una pelea Alex le fracturó la nariz a un compañero de clases y el director de la escuela llamó a la policía. El director considera que la conducta del menor es típica para su edad y simplemente quiere la presencia policial como disuasión. Por lo tanto, la policía no toma ninguna medida. Este enfoque no satisface el interés de la víctima ni del infractor. La víctima no se ve recompensada y al infractor no se le muestra su error. Esto no es justicia restaurativa.
- Un juez sugiere que se haga una reunión de familia pero la víctima no quiere participar. El facilitador, con el propósito de hacer aplicar la orden del juez, sostiene que sin la participación de la víctima no se logrará ninguna protección o compensación para satisfacer a la víctima. Independientemente del resultado, esto no es justicia restaurativa ya que la participación de la víctima es forzada.
- Tanto el infractor como la víctima están en la sala de un juzgado en la que el juez decide las medidas a tomar considerando los intereses de ambas partes y el juez imparte una orden. La víctima y el delincuente tienen que aceptar la orden. En este caso también la medida puede satisfacer los intereses del juez que de este modo evita tener que pasar por el tedioso procedimiento de escribir la sentencia. También podría satisfacer los intereses de las partes, pero por cierto no tiene nada que ver con la justicia restaurativa ya que ninguna de las partes ha tenido la oportunidad de contribuir al resultado, ni se ha tratado de que se satisfagan sus verdaderas necesidades.
- Además, en ninguno de estos casos se tomó en cuenta la relación del delincuente ni de la víctima con su comunidad o su entorno.

Entonces, ¿en qué consiste la justicia restaurativa?

Hay varias definiciones y ninguna de ellas cubre completamente el concepto, pero podría ser de utilidad citar dos de ellas:

- *La justicia restaurativa es un proceso por el cual todas las partes involucradas en un delito determinado se reúnen para resolver colectivamente cómo enfrentar sus consecuencias e implicancias para el futuro*[1].
- *Visto a través del lente de la justicia restaurativa, "el delito es una falta que afecta a las personas y a las relaciones entre ellas. Crea la obligación de reparar. La justicia implica a la víctima, al delincuente y a la comunidad en la búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y la confianza.*[2]

La consideración primaria es que se debe tener en cuenta la situación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades y las relaciones entre ellos. Primero consideremos a los delincuentes.

¿Los delincuentes ven a la justicia como un sistema de bienestar, tutelar o retributivo? La única forma garantizada de prevenir la recurrencia –una cuestión de gran importancia para todos los sistemas– es primero asegurar que los delincuentes comprendan por qué sus acciones han estado mal y segundo, garantizar, dentro de lo posible, que el delincuente sea capaz de asumir la responsabilidad por sus acciones. Sólo el sistema de justicia restaurativa puede permitir esto. ¿Bajo qué sistema los delincuentes tienen la oportunidad de buscar la reparación de los daños causados? ¿Qué sistema los motivará a cambiar sus conductas en su propio interés? ¿Qué sistema les da la oportunidad de participar en el proceso de justicia y de contribuir en la búsqueda de la solución apropiada? ¿Qué sistema les permite abordar sus propias necesidades? Finalmente, ¿qué sistema trata de ayudar a sus familias brindándoles apoyo y asistencia? Ustedes llegarán a la conclusión rápidamente de que los sistemas de justicia restaurativa cumplen con todos estos principios y como tal brindan asistencia al delincuente.

¿Qué podemos decir de la víctima? Tomemos por ejemplo un joven delincuente que roba por la fuerza la cartera de una anciana. En la cartera la anciana tenía las llaves de su casa, sus dientes postizos, sus documentos de identidad y algo de dinero. El ladrón sólo estaba interesado en su dinero y se desprendió rápidamente de los otros objetos. ¿Qué sistema le permite a la anciana

---

[1] Documento de trabajo de las Naciones Unidas sobre Justicia Restaurativa, tomado de Tony Marshall.

[2] Zehr, Howard.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

explicar que su mayor pérdida estaba en los dientes postizos ya que sin ellos no podía comer, que la pérdida de las llaves de su casa le provocaron un gran estrés y no pudo entrar a su casa hasta tanto pudo reorganizar un nuevo juego de llaves, y finalmente, que tanto la pérdida de sus documentos de identidad como los trámites para obtener nuevos documentos le causaron muchas dificultades burocráticas? La pérdida del dinero no era un gran problema. Sin embargo, sí le importaba preguntarle al delincuente por qué la eligió a ella como víctima y qué podía hacer para que la situación no se repita.

Ninguna de estas cuestiones es tenida en cuenta en un sistema retributivo en el que a la víctima se la trata sólo como testigo, o en un sistema de bienestar en el que la víctima no participa en el procedimiento. El enfoque restaurativo, en primer lugar, les da voz a las víctimas de tal manera que puedan expresar qué tipo de compensación o restitución consideran que necesitan, qué tipo de injusticia consideran que se ha hecho con ellos, qué tipo de protección pretenden contra nuevas potenciales vulneraciones, qué información desean tener sobre el delito, el delincuente y el proceso judicial.

Finalmente, el enfoque restaurativo aborda las otras necesidades materiales, psicológicas o espirituales que pudiera tener la víctima.

A fin de dar al delincuente la oportunidad de reparación, es importante que el delincuente y la víctima se encuentren. ¿Sería apropiado promover una confrontación directa o para la víctima la confrontación con el delincuente sería una revictimización, especialmente si se trata de un delito violento? ¿Se trataría simplemente de una oportunidad de que la víctima humille al delincuente si es de una clase social inferior a la suya? Un tercero neutral debería estar presente para facilitar cualquier reunión entre la víctima y el delincuente (y si sus familias lo consienten).

¿Qué podemos agregar de las preocupaciones de la sociedad? ¿El resultado de los procedimientos de justicia restaurativa debería ser público de modo de asistir a la comunidad, o debería ser sopesado con las necesidades de la víctima y el delincuente? ¿Se debería abordar la protección de la comunidad como tal, especialmente cuando el caso involucra a un delincuente violento? ¿Existe la necesidad de restitución a la comunidad si ésta se ha visto perturbada por la acción del delincuente? ¿Es necesario aplicar una acción simbólica? ¿La comunidad debe estar representada de alguna manera?

Permítanme contarles la historia de un niño soldado cuyo caso fue presentado ante la Corte Especial de Sierra Leona. Cuando este niño tenía 12 años fue capturado por uno de los jefes rebeldes durante la guerra civil en Sierra Leona que duró 11 años. A fin de que le resultara imposible huir del grupo, lo obligaron a punta de pistola a cortarle las dos manos a la hija de un vecino que en ese momento tenía 12 años.

Después de la guerra, el padre llevó a la joven ante la Corte Especial para presentar su evidencia y dijo que ya no valía la pena seguir alimentándola puesto que no era casadera. Sin las manos no podría trabajar para su esposo. Las asistentes sociales trataron de encontrar una solución apta para la cultura de la aldea de donde ambos jóvenes provenían. Tanto la familia del joven como los habitantes de la aldea rechazaron su reintegración. Los ancianos de la aldea consideraban que si se permitía al joven permanecer en la aldea continuaría con sus prácticas violentas y traería a los otros miembros de la banda a la aldea para robar. Una solución que consideraron fue matar al joven, pero no querían cometer un asesinato.

Finalmente, el joven propuso casarse con la chica sin manos y tanto los habitantes de la aldea como las dos familias consintieron. Yo estaba horrorizada, ya que si bien parecía que se habían satisfecho las necesidades de todos, la pobre víctima se iba a ver forzada a convivir el resto de su vida con la persona que le había cortado las manos. Sin embargo, me sorprendió escuchar a la niña decir que no importaba quien la maltratara, si su padre o su marido. Con todo, sentí mucho alivio cuando el muchacho dijo que después de haber sido un joven soldado, ahora sabía lo que significaba la auténtica crueldad y que no maltrataría a su esposa.

En este triste caso, finalmente se aplicó justicia de manera restaurativa. Se tuvieron en cuenta las necesidades de la víctima y del victimario, la comunidad los aceptó y se pudo aplicar un procedimiento de restauración.

Futuros desarrollos

Ustedes se podrán preguntar qué tipo de casos son aptos para la justicia restaurativa y, en particular, para la justicia juvenil restaurativa En respuesta yo diría que no es el tipo de casos lo que es importante sino el tipo de personas afectadas.

Decir que la justicia restaurativa es un enfoque “costo efectivo”, especialmente en el mundo “desarrollado”, sería incorrecto. Es imprescindible crear la metodología y la red necesaria para los procedimientos de justicia restaurativa, lo que implica costos. Por ejemplo, se necesita contar con un mediador remunerado y con dos salas de audiencia, además de una red de proveedores de asistencia. Sin embargo, la justicia restaurativa puede permitir ahorros en los costos ya que no se estigmatizará al delincuente, el que por lo tanto tendrá la oportunidad de ser un ciudadano socialmente útil, que puede contribuir al bienestar de su comunidad. Afortunadamente, las



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

comunidades en general están dispuestas a aceptar los esfuerzos de un menor por reparar sus faltas.

Como el proceso de justicia restaurativa necesita recursos, yo sostengo que no es un sistema apropiado para los casos de delitos menores. Para estos casos hay alternativas mucho menos costosas y no punitivas.

Si la víctima no desea participar en el proceso (a lo que tiene derecho y debe ser respetado), un procedimiento de justicia restaurativa resultaría imposible. Este tipo de enfoque puede no ser recomendable cuando existe la posibilidad de que la víctima sea retraumatizada, como en los casos de violaciones. Además, no puede ser posible aplicar un proceso de justicia restaurativa cuando una de las partes tiene considerablemente más poder que la otra, porque esta disparidad puede hacer que resulte imposible llegar a un acuerdo.

Lo que más importa a la hora de decidir sobre la posibilidad de utilizar un enfoque restaurativo es la naturaleza del delincuente. El delincuente tiene que aceptar plenamente la responsabilidad por su falta. Si el delincuente se declara inocente se debe proceder a un juicio y se debe respetar la presunción de inocencia. Además, si se determina que un menor ha cometido un delito contra otra persona pero no está dispuesto a admitir su falta, o si un menor no puede asumir la responsabilidad por su delito, no se puede aplicar un procedimiento de justicia restaurativa.

Por lo tanto, las cuestiones prácticas son las siguientes:

¿El delincuente está preparado para disculparse y reparar su falta? ¿La víctima está dispuesta a aceptar un pedido de disculpa y los esfuerzos del delincuente para reparar el daño causado? ¿La comunidad está preparada para aceptar y rehabilitar al delincuente? ¿La comunidad está preparada para aceptar la reinserción de la víctima? Digo esto porque en muchas culturas las víctimas, por ejemplo las víctimas de violación, también son consideradas culpables y son estigmatizadas. Si se cumplen estos criterios, se pueden comenzar los procedimientos de justicia restaurativa tomando en cuenta las posibilidades, las capacidades mentales, el desarrollo espiritual y las necesidades tanto de los delincuentes como de las víctimas.

La colaboración necesaria de asistentes sociales, psicólogos, mediadores, trabajadores de la administración pública, fiscales especializados y jueces de la justicia juvenil permite que se produzcan reacciones rápidas y flexibles ante los delitos, lo que resulta de gran importancia cuando se trata de menores. Si se arresta a un menor después de haber cometido un delito, se lo mantiene bajo custodia durante algún tiempo y el juicio se lleva a cabo varios meses después de cometida la falta, el menor habrá crecido y cambiado su carácter (para bien o para mal), probablemente no pueda recordar el evento correctamente, y no entienda la importancia del castigo una vez transcurrido tanto tiempo. Si por otro lado la reacción se produce inmediatamente y en forma proporcional, la comprensión del hecho y la aceptación servirán de prevención para evitar la repetición del hecho.

No hay dos menores iguales y no hay dos problemas iguales. La ley no puede prever todas las situaciones. Se debe contar con un amplio rango de respuestas para abordar los diferentes problemas que atañen a los menores en conflicto con la ley.

Aún si un caso que involucra a un menor llega a juicio, el juez tiene (o debería tener) la facultad de optar por un enfoque restaurativo si se cumplen las condiciones. El juez debe luego interrumpir el proceso y derivar el caso a las instituciones o personas apropiadas (asistentes sociales, mediadores, facilitadores, etc.) para iniciar los procedimientos de justicia restaurativa.

María, como tantos otros niños, ha robado repetidamente caramelos de una tienda. Después de una evaluación del caso por parte de una asistente social a requerimiento del juez, María se compromete a asistir a una sesión conducida por un policía y una mujer que trabaja en un supermercado con varios niños, en la que se conversa con ellos sobre las consecuencias de los robos en tiendas. María luego se compromete a ayudar con la limpieza de la tienda cuatro fines de semana consecutivos. El dueño del local y el juez aceptan. María cumple con su promesa. La asistente social que se mantiene en contacto con María y su familia y con el dueño de la tienda, presentan un informe al juez que es firmado por la asistente social, por María y por el dueño de la tienda. El juez hace una advertencia a María y se cierra el caso. La menor ha aprendido su lección y no reincidirá.

¿María hubiera aprendido mejor su lección en una sala de tribunales o en un instituto de detención? ¿Le hubiera resultado más fácil aceptar y entender por qué estaba siendo castigada y convencerse de que no reincidiría si hubiera tenido dificultades para enfrentar a sus compañeros de clase en la escuela o para encontrar empleo en el futuro por haber sido estigmatizada como delincuente juvenil? ¿Sus compañeros de clase hubieran preferido verla regresar de un tribunal o de un centro de detención?

Dada la disponibilidad de herramientas restaurativas en los sistemas de justicia, muy pocos menores deberían tener que enfrentar sentencias con privación de la libertad.

Los sistemas modernos de justicia juvenil han avanzado bastante, pero resta mucho por hacer. La justicia juvenil ha estado en la vanguardia de las formas humanitarias de administrar justicia. Estoy segura de que la aceptación de un sistema sólido de justicia juvenil para todos los niños del mundo será otro gran avance del que los sistemas de justicia juvenil se sentirán orgullosos.

**Renate Winter**

Este artículo es una versión abreviada de un discurso de la autora en el Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima en noviembre de 2009. Se puede solicitar el texto completo en idioma inglés a la editora en jefe.

Terres de Hommes



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

# Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa

**Introducción**

El Primer Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa fue organizado por la Fundación Terre des hommes (Lausanne), en colaboración con la Fiscalía de la Nación del Perú, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Asociación Encuentros - Casa de la Juventud, los días 4 a 7 de noviembre de 2009. Alrededor de 1.000 participantes de 63 países provenientes de 5 continentes diferentes, en representación de sus gobiernos, del poder judicial, de la sociedad civil, particularmente de organizaciones no gubernamentales (ONG) y de organizaciones de profesionales que trabajan con menores, medios de comunicación, el ámbito académico y agencias de las Naciones Unidas, asistieron al Congreso para tratar distintos aspectos relacionados a la justicia juvenil restaurativa guiados por los objetivos del Congreso:

- Reflexionar sobre el concepto de Justicia Juvenil Restaurativa y asumir un análisis crítico sobre su viabilidad.
- Examinar la metodología e instrumentos de la Justicia Juvenil Restaurativa.
- Evaluar la situación de la víctima dentro de la Justicia Juvenil Restaurativa y su necesidad de protección y reparación de daños.
- Intercambiar experiencias y lecciones aprendidas y las buenas prácticas de la Justicia Juvenil Restaurativa a nivel mundial.
- Elaborar y presentar algunas recomendaciones para el desarrollo e implementación de la Justicia Juvenil Restaurativa.

Durante los debates en las sesiones de paneles, conferencias especializadas y talleres, los participantes estuvieron guiados e inspirados, entre otros, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Observación General Nº 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre “Los derechos del niño en la justicia juvenil”, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) sobre los principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en materia penal, las Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos (Resolución ECOSOC 2005/20), el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (ONUDD) e instrumentos regionales relevantes sobre derechos humanos.

La presente Declaración refleja las deliberaciones realizadas durante el Congreso y contiene un conjunto de Recomendaciones sobre acciones futuras para promover, desarrollar e implementar el enfoque restaurativo como parte integral de la Justicia Juvenil.

**Derechos Básicos del Niño y los Principios de la Justicia Juvenil**

Los participantes del Congreso desean resaltar que (la práctica de) la Justicia Juvenil Restaurativa (JJR) tiene que respetar los derechos fundamentales del niño tal como lo consagra la CDN y se detalla de manera más específica para el ámbito de la Justicia Juvenil en la Observación General Nº 10 del Comité de la CDN, y debe cumplir fielmente las reglas internacionales aplicables, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y las recomendaciones y directrices antes mencionadas.

Los participantes del Congreso recuerdan particularmente los objetivos de la Justicia Juvenil que se encuentran establecidos en el Art. 40 (1) de la CDN:

- Tratar al niño(a) en conflicto con la ley de manera consistente con la promoción del sentido de dignidad y valor del niño (a);
- Fortalecer el respecto del niño(a) por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros;
- Promover la reintegración del niño(a) y que éste asuma un rol constructivo en la sociedad.

n sus esfuerzos por alcanzar estas metas, los Estados considerarán las disposiciones aplicables de instrumentos internacionales, tales como la regla que establece que la justicia retroactiva está prohibida, y especialmente deberán asegurar la implementación de los siguientes derechos del niño:

- derecho a su presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad conforme a ley;
- derecho a ser informado inmediatamente sobre los cargos contra él (ella);
- derecho a una asesoría legal u otra adecuada asistencia;
- derecho a que una autoridad u órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial determine la materia sin demoras;
- derecho a no ser obligado a prestar una declaración o declararse culpable;
- derecho a interrogar o hacer que se interrogue a testigos contrarios;

- derecho a que el fallo que establece que el(la) niño(a) ha cometido el presunto delito y que contienen las medidas impuestas sean revisadas por una autoridad u órgano jurisdiccional superior;
- derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete;
- derecho al respeto total de su privacidad en todas las etapas del proceso.

Asimismo, la CDN exige que los Estados promuevan el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones que sean específicamente aplicables a los niños en conflicto con la ley, así como establecer una edad mínima de responsabilidad penal y adoptar medidas (cuando sea apropiado y aceptable) para atender a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, asegurando que los derechos humanos y salvaguardas legales sean respetadas plenamente. A fin de asegurar que los niños estén siendo tratados de una manera acorde a su bienestar y proporcional a las circunstancias como al delito, los Estados ofrecerán un conjunto integral de medidas como supervisión, asesoría, libertad condicional, programas de capacitación educativa y vocacional, así como otras alternativas a la atención institucionalizada. Lo antes indicado se encuentra de conformidad con las disposiciones del Art. 37(b) de la CDN que indica que la privación de libertad sólo debe ser aplicada como medida de último recurso y durante el periodo de tiempo más corto posible. Dicho artículo contiene otras disposiciones específicas sobre la aplicación de esta medida como último recurso.

**Preocupaciones Principales**

Durante el Congreso y en relación a los derechos y principios mencionados anteriormente, los participantes expresaron sus serias preocupaciones sobre el estado y calidad de las reglas y prácticas de la Justicia Juvenil. Muchos niños en conflicto con la ley no reciben justicia conforme a las disposiciones de la CDN y a otras normas internacionales aplicables. Estos niños, (muy) a menudo son privados de su libertad ya sea en un contexto detención preventiva (frecuentemente sin ninguna información sobre los cargos en su contra) o en el contexto de la ejecución de una sentencia. Asimismo, se expresaron preocupaciones, basadas en investigaciones, respecto a la contribución limitada o incluso negativa de las sanciones clásicas, especialmente la de privación de libertad, al logro de los objetivos de la justicia juvenil conforme lo dispuesto en el Art. 40(1) de la CDN. En muchos países, los esfuerzos realizados para atender a niños en conflicto con la ley sin recurrir a procesos judiciales, conforme lo recomienda claramente la CDN, son muy limitados e incluso inexistentes. Sin embargo, existe información que muestra que las medidas alternativas, incluyendo los programas de justicia restaurativa, sí contribuyen a la reintegración del niño y a que éste asuma un rol constructivo dentro de la sociedad.

**Justicia Juvenil Restaurativa**

**a. Concepto de Justicia Restaurativa**

La justicia juvenil restaurativa es una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito. No existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa.

La experiencia en distintos países indica que la justicia juvenil restaurativa se práctica aplicando la mediación, conferencias en grupo familiar, círculos de sentencia y otros enfoques culturales específicos.

Cuando sea posible deben instaurarse políticas para introducir la justicia juvenil restaurativa y aprovechar las prácticas tradicionales inofensivas ya existentes para el tratamiento de niños en conflicto con la ley.

El resultado de este proceso incluye respuestas y programas tales como la reparación, restitución y el servicio comunitario, orientados a satisfacer las necesidades individuales y colectivas y las responsabilidades de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el agresor.

La justicia juvenil restaurativa no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que la justicia juvenil restaurativa también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Por ejemplo, en diversos conflictos armados los niños son utilizados como niños soldados y obligados a cometer delitos indescriptibles especialmente contra los miembros de sus propias familias, sus vecinos y sus comunidades. La justicia restaurativa es, con frecuencia, la única forma de generar la reconciliación entre las víctimas y los agresores por igual en una sociedad castigada por la guerra en la que las víctimas de las agresiones sufren al igual que los niños agresores, quienes son forzados a cometer las agresiones. Sin dicha reconciliación, la reintegración de los niños soldados a sus comunidades no será posible, en perjuicio en muchos casos del niño que fue excluido así como de la comunidad que es privada de su fuerza laboral, y con la amenaza de un comportamiento criminal por parte del niño excluido.

Así mismo, es importante no limitar la práctica restaurativa a casos aislados en justicia juvenil, sino más bien desarrollar e implementar una política de prácticas restaurativas proactivas, como por ejemplo, en las escuelas.

**b. El rol del enfoque restaurativo en la justicia juvenil**

La justicia restaurativa es una forma de atender a los niños (as) y adolescentes que están en conflicto con la ley que contribuye a la reintegración del niño (a) a la sociedad y lo(a) apoya a asumir un rol constructivo dentro de la sociedad. Toma seriamente la responsabilidad del niño(a) y al hacerlo, permite fortalecer el respeto y entendimiento del niño(a) respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, en especial de la víctima y otros miembros afectados de la comunidad. La justicia restaurativa es un enfoque que promueve el sentido de dignidad y valor del niño (a).

La justicia restaurativa debe aplicarse en todas las etapas del proceso de justicia juvenil, ya sea como una medida alternativa o como una medida adicional. A nivel policial, una de las opciones debe ser la remisión de los niños a un proceso de justicia restaurativa. La policía debe estar perfectamente capacitada e instruida con respecto al empleo de esta opción y cuando sea apropiado debe prestar especial atención al posible abuso de ésta u otras formas de remisión. Si el caso debe ser denunciado ante el fiscal, éste debe considerar, antes de llevar a cabo cualquier otra acción, la posibilidad de un proceso de justicia restaurativa como una forma de resolver el caso sin recurrir a un proceso judicial. Antes de hacer uso del arresto policial o de la detención preventiva, se deben emplear medidas alternativas, incluido el uso de la justicia restaurativa, para evitar esta privación de la libertad.

Cuando el caso ha sido llevado al juzgado, el juez de menores debe, en la medida de lo posible, explorar e iniciar un proceso de justicia restaurativa como una alternativa a otras posibles sanciones o medidas. Finalmente, y sobre la base de las experiencias en algunos países, la justicia restaurativa puede y debe emplearse cuando sea posible, como parte del tratamiento de los jóvenes que se encuentran en instituciones de justicia juvenil. En otras palabras, la justicia restaurativa debe ser parte integrante del sistema de justicia juvenil, es decir en cumplimiento con las disposiciones de la CDN y normas internacionales relacionadas; la justicia restaurativa debe presentarse como una opción para todas las personas que se han visto afectadas por el delito, incluidas la víctimas directas/sus familias y los agresores/sus familias. En este sentido, es importante incluir programas de prevención efectivos, con especial atención y respaldando el rol de los padres y las comunidades, en la política nacional sobre justicia juvenil. Los estados deberían considerar la creación de un organismo nacional, con la misión de coordinar y supervisar la implementación de la justicia juvenil, incluidos los programas de justicia restaurativa.

Como parte de la introducción de los programas de justicia juvenil restaurativa, es sumamente importante que el público en general, los profesionales que trabajan con o a favor de niños en conflicto con la ley y los políticos, reciban información mediante campañas de sensibilización organizadas por el Estado, con el apoyo de las ONG cuando sea conveniente, no como eventos aislados, sino a ser replicados en intervalos regulares. Esta defensa de la información debe, entre otros aspectos, dar a conocer los beneficios de la justicia restaurativa como un enfoque “centrado en la víctima”. Los medios de comunicación deben participar en estas campañas centrando su atención no solamente en el importante rol de la radio local sino también en la creciente importancia de las nuevas herramientas de comunicaciones, tales como la Internet y los teléfonos celulares.

**c. Las reglas para el uso de la justicia restaurativa**

El uso de la justicia restaurativa debe regirse por los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal, tal como se estipula en la Resolución 2002/12 del ECOSOC, tales como:

La justicia juvenil restaurativa debe emplearse solamente cuando exista evidencia suficiente para acusar al menor agresor, y cuando se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del agresor. Se debe permitir que el agresor y la víctima puedan retirar dicho consentimiento en cualquier momento durante el proceso de justicia restaurativa. Se debe llegar a acuerdos en forma voluntaria y éstos deben contener únicamente obligaciones razonables y proporcionales. Ni la víctima ni el agresor juvenil deben ser coaccionados ni inducidos por medios injustos a participar en el proceso restaurativo ni a aceptar los resultados restaurativos. Deben tomarse en consideración las discrepancias que conducen a desequilibrios en el poder, así como las diferencias culturales entre las partes.

La víctima y el agresor menor de edad, con sujeción a la ley nacional, deben tener el derecho de recibir asesoría legal, y el agresor menor de edad junto con la víctima menor de edad deben tener el derecho de recibir asistencia por parte de su padre o tutor.

La víctima y el agresor menor de edad deben estar completamente informados de sus derechos, la naturaleza del proceso restaurativo y las posibles consecuencias de su decisión.

El resultado del proceso debe tener el mismo estatus que cualquier otra decisión judicial o sentencia, y debe evitar la instrucción con respecto a los mismos hechos.

**d. Recomendaciones para las acciones**

1. Instamos al Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño a recomendar sistemáticamente a los Estados Miembro de la CDN que tomen las medidas necesarias para la integración de procesos restaurativos como una posibilidad para atender a los niños en conflicto con la ley en todas las etapas de la administración de la justicia juvenil.
2. Recomendamos al Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil que fortalezca aun más su asistencia técnica en apoyo a los gobiernos en sus esfuerzos por desarrollar e implementar el enfoque de justicia juvenil restaurativa, remitiéndose a la Resolución 2009/26 del ECOSOC que alienta a los Estados miembros de las Naciones Unidas a proporcionar a este Grupo Interinstitucional los recursos necesarios y a cooperar íntegramente con esté.
3. Recomendamos a la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, como seguimiento a su Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, incrementar sus esfuerzos para promover el uso de enfoques sobre justicia restaurativa frente a delitos cometidos por niños y asistir a los Estados en sus esfuerzos al respecto cuando sea apropiado.
4. Recomendamos que UNICEF continúe e incremente sus esfuerzos por apoyar y proporcionar asistencia técnica a los Estados para desarrollar e implementar programas de justicia juvenil restaurativa, brindando, en particular, capacitación a todos los actores que participan en el campo de la justicia juvenil.
5. Recomendamos a los Estados Miembro de la CDN y a los Estados que firmaron la CDN que adopten, como parte de su política nacional integral sobre justicia juvenil, las medidas necesarias para incluir programas de justicia restaurativa como parte integrante de la administración de justicia juvenil, teniendo en cuenta las observaciones, sugerencias y normas arriba indicadas bajo los puntos a - c, e instamos al Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil, a la UNICEF y la ONUDD a brindar asistencia técnica respecto a este tema. Estas medidas deben incluir campañas de sensibilización, con la participación de los medios de comunicación locales y nacionales, que brinden información al público acerca de la naturaleza y los beneficios de una política de justicia juvenil restaurativa y la promoción de la participación de los padres y la comunidad, para las víctimas, el agresor y la comunidad.
6. Recomendamos a los Estados que se encuentran en proceso de introducción de la justicia juvenil restaurativa, que emprendan proyectos piloto aunados a una minuciosa evaluación, y que sobre la base del resultado de dichos proyectos, decidan la introducción de la justicia juvenil restaurativa a nivel de todo el país y qué medidas legislativas son necesarias para brindar una base sólida para una práctica sostenible de la justicia juvenil restaurativa como la principal característica de su sistema de justicia juvenil, a la vez que garantice el respeto absoluto de los derechos humanos y las salvaguardas legales de conformidad con los principios básicos adoptados por el ECOSOC.
7. Recomendamos que cuando los Estados desarrollen e implementen la justicia juvenil restaurativa, presten especial atención a los niños vulnerables tales como niños de la calle, teniendo en cuenta su realidad diaria específica, sus problemas y necesidades, así como a los niños y adolescentes que forman parte de pandillas, grupos armados y paramilitares.
8. Recomendamos a los Estados desarrollar e implementar una capacitación adecuada y continua dirigida a todos los actores clave de la administración de justicia juvenil, prestando especial atención al cambio del enfoque legal convencional y establecer y/o respaldar los servicios necesarios que permitan implementar programas de justicia juvenil restaurativa utilizando las redes de trabajo existentes en la medida de lo posible. Dichos servicios deben contemplar un enfoque interdisciplinario, creando, por ejemplo, equipos multidisciplinarios, para la aplicación de la justicia juvenil restaurativa entre otros, con la finalidad de atender también las necesidades emocionales tanto de la víctima como el agresor juvenil.
9. Recomendamos a los Estados establecer o fortalecer la obtención sistemática de información sobre la naturaleza de la delincuencia juvenil y las respuestas antes ésta, con el fin de informar sobre sus políticas al respecto, con vistas a adaptarlas según sea necesario, y a que lleven a caboo apoyen la investigación sobre la naturaleza y el impacto de las diversas respuestas ante la delincuencia juvenil.
10. Recomendamos a los Estados y a las agencias pertinentes de las Naciones Unidas que inicien y/o respalden el desarrollo y la implementación de proyectos regionales sobre justicia juvenil restaurativa en las diferentes partes del mundo.

**Lima, el 7 de noviembre 2009.**

Gladys M. Echaíz, Fiscal de la Nación Ministerio Público Perú
Jean Schmitz, Delegado Fundación Terre des hommes-Lausanne Perú
Walter Albán Peralta, Decano de la Facultad de Derecho P.U.C.P Perú
Oscar Vásquez Bermejo Director Ejecutivo Asociación Encuentros Perú

# El apoyo de la CRC-un ejemplo de Samoa

Juez Clarence Nelson

Este artículo—basado en un reciente fallo emitido en la Corte Suprema de Samoa por el Juez Clarence Nelson, miembro de la AIJMFJ, quien citó a una gran cantidad de autoridades judiciales del Pacífico Sur—demuestra la relevancia de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño incluso en aquellos lugares en los que no se han tomado las medidas necesarias para implementar la Convención en la legislación local a pesar de que el país la haya ratificado.

**Los hechos del caso**

El 13 de septiembre de 2008, ocurrió un incidente fatal en la parada de ómnibus del mercado de Fugalei. El acusado, arrestado en el área pantanosa adyacente al pueblo de Sogi, les dijo a los oficiales de policía que los culpables eran un joven llamado Oloa y otros jóvenes. Un testigo visual dijo que el acusado había asaltado a la víctima fallecida, con lo cual se volvió a interrogar al acusado, esta vez frente a su madre, a pedido de la policía. Luego de que se le notificaran sus derechos, el acusado se negó a prestar declaración. El interrogatorio [registrado en un documento de 3 páginas] duró 40 minutos. El joven fue acusado de homicidio y pasó la noche en prisión preventiva en la cárcel de Tafaigata.

Al día siguiente fue trasladado a la estación de policía de Apia en donde se encontró con su madre y quedó en libertad bajo fianza. El oficial Roache dijo que la madre había ido al destacamento para "*asi*"[1], es decir, para buscar a su hijo. También dijo que se sorprendió cuando el acusado, al ingresar en su oficina, dijo que quería admitir que había sido él y no Oloa quien atacó a la víctima. De inmediato, el oficial le informó nuevamente sus derechos y le tomó una segunda declaración, que consta por escrito con la firma del acusado y fechado 30 de septiembre de 2008. La fiscalía desea presentar este documento como evidencia en el juicio. En la declaración mencionada el acusado admite haber perpetrado el asalto que desembocó en la muerte de la víctima.

Esta declaración se tomó en ausencia de la madre, a pesar de que el oficial Roache sabía que ella se encontraba en la estación de policía. Según el acta, este interrogatorio tuvo una duración de 2 horas y 22 minutos, pero se registró en 3 páginas, al igual que la declaración tomada el día anterior, en base a un interrogatorio de 40 minutos. La declaración no está firmada por el oficial que tomó el registro, el cabo Malama Fauoo. Roache negó haber presionado al acusado para que prestase esta segunda declaración o haberlo forzado a confesar de manera alguna. También negó que Oloa estuviera presente en la estación de policía en el momento en que llegó el acusado.

El segundo testigo de la fiscalía, el detective Sargento Ituau Ale, presenció el interrogatorio del 30 de septiembre de 2008. Éste dijo que el acusado estaba presente cuando él llegó a la oficina con un testigo, y que cuando el acusado vio al testigo le dijo al oficial de policía que deseaba cambiar su declaración y admitir que él había atacado a la víctima. Seguidamente, se informaron sus derechos al acusado y se realizó el interrogatorio dejando asentada la declaración. Pero este interrogatorio no llevó más de dos horas e incluso es probable que haya durado menos de una hora. Además, el testigo no puede explicar por qué el cabo Malama, que no se presentó al juicio, no firmó la declaración.

Luego del interrogatorio, salió afuera del destacamento con el acusado para que éste fumara un cigarrillo. Allí, el acusado admitió haber golpeado a la víctima. Esta confesión fue voluntaria y espontánea. Además, este testigo negó que se hubiera amenazado al acusado o que se lo hubiera maltratado de forma alguna y dijo que si algo de esto hubiera pasado él hubiese intercedido para detenerlo.

El acusado dijo que fue trasladado al destacamento el 30 de septiembre de 2008 cuando Oloa estaba allí presente. Dijo que lo llevaron a una celda y que el oficial Roache y el cabo Malama lo atacaron, lo patearon y le presionaron las muñecas esposadas causándole lesiones y moretones en las manos. Tenía miedo y estaba dolorido. Había otros oficiales de policía presentes pero ninguno detuvo los maltratos.

[1] NT. Palabra original en samoano.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

El acusado negó completamente la segunda declaración, excepto el hecho de que la víctima fue lanzada de cabeza al asfalto por uno de sus compañeros, y dijo haber firmado ambas declaraciones sin leerlas, ya que no sabe leer, para no desobedecer a los oficiales de policía. Dijo que sabía por qué lo estaban interrogando y aceptó que se trataba de un hecho grave que involucraba la muerte de una persona.

**El fallo**

El acusado no me dio la impresión de ser sincero. Creo que no es posible que una persona que puede escribir su nombre claramente no sepa leer. Rechazo absolutamente sus pruebas. Por lo tanto, no acepto que se desestime esta declaración por haber sido realizada en forma involuntaria como alega el acusado, ya que no existen pruebas de que la policía haya actuado indebidamente o hayan golpeado u obligado de cualquier otra manera al acusado a realizar la declaración del 30 de septiembre de 2008.

La verdadera cuestión es si se debe admitir esta declaración como prueba en el juicio, dado que está basada en un interrogatorio realizado a un joven de 16 años en la ausencia de sus padres, su tutor o su cuidador a pesar de que la madre del joven estaba presente en el destacamento. El oficial a cargo optó por tomar la declaración de esta manera aunque sabía que era importante que uno de los padres o un tutor estuvieran presentes. El día anterior respetó este procedimiento, con lo cual no puedo entender por qué, después de que el acusado realizara inicialmente esta confesión espontánea y voluntaria, el oficial no citó a la madre para que ella estuviera presente cuando le notificaran sus derechos al joven y lo interrogaran. Esto resulta especialmente importante cuando a un acusado menor de edad ya se le ha imputado un cargo grave como homicidio y ha pasado la noche en prisión preventiva. Si se determina que la declaración realizada en forma libre y espontánea es inadmisible, ¿debería interpretarse que la confesión inicial realizada por el acusado al llegar a la estación de policía de Apia y la confesión oral realizada luego de la declaración mientras fumaba un cigarrillo son igualmente admisibles?

En virtud de las leyes del *Common Law*, se puede desestimar una declaración voluntaria si esta se obtuvo en forma ilícita o "utilizando métodos impropios o inadmisibles", según el caso ***R vs. Ali*** [2]. Los principios de este caso fueron revisados recientemente en el caso ***Policía vs. Masame***[3] y fueron ampliamente confirmados[4].

El factor determinante fue expresado del siguiente modo por el Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda en el caso ***R vs. Convery***[5]:

> "Aunque se demuestre mediante evidencia que los métodos para obtener la declaración fueron ilícitos y que por lo tanto no se debería tener en cuenta dicha declaración, al expedirse sobre este caso, el tribunal debe tener en cuenta no sólo los hechos del caso, sino también la necesidad de mantener un control efectivo sobre el proceder de las fuerzas policiales y la generalidad de casos existentes".

En el caso ***Ali***, el tribunal citó este pasaje y concluyó lo siguiente en el párrafo 51:

> "Por lo tanto, podemos decir que en estos casos es necesario evaluar la conducta de la policía en su totalidad. Lo que importa es establecer si los métodos de la policía son justos y esto lo debe decidir el juez según su discreción y no en base a la validez de la prueba".

Se debería rechazar la confesión obtenida en ausencia de la madre. El oficial a cargo aceptó que las declaraciones de menores en conflicto con la ley deben tomarse únicamente en presencia de uno de los padres o de su tutor y que el hecho de que él haya insistido y violado su propia norma de trabajo hace que la declaración del 30 de septiembre resulte inadmisible por haber sido tomada en forma inadecuada. Sería peligroso que el tribunal apruebe esta conducta. Los menores en conflicto con la ley sólo pueden ser interrogados en presencia de su padre, madre, tutor, cualquier miembro adulto de su familia, el cuidador o el abogado. Si no se cuenta con la presencia de alguna de estas personas, se debe suspender el interrogatorio por un plazo razonable para que alguno de ellos pueda presentarse.

La fiscalía ha instado al tribunal a realizar una prueba de veracidad (artículo 18 de la Ordenanza sobre Pruebas de 1961) aceptando que la confesión se obtuvo en forma impropia. En este caso no existen pruebas de que la confesión se haya otorgado en forma involuntaria, pero la norma también debería aplicarse a las declaraciones realizadas en forma libre y voluntaria pero obtenidas en forma impropia o coercitiva. La fiscalía citó el caso ***Policía vs. Masame*** para respaldar su pedido y dijo que se estaba llevando a cabo una acción de compensación como en el caso ***R vs. Shaheed*** [6].

---

[2] [1999] NZCA 292

[3] [2007] WSSC 66

[4] Por ejemplo, ***Policía vs. Taito*** (no denunciado) 15 de diciembre de 2008

[5] [ 1968] NZLR 426, 438:

[6] [2002] NZLR 377 una decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

El caso ***Shaheed*** fue relevante en la discusión del caso ***Masame*** por una violación de la Declaración de Derechos y Garantías de Nueva Zelanda, que contiene los derechos fundamentales, como la Parte II de la Constitución samoana. En dicho caso, se puso en cuestión el derecho de allanamiento y confiscación consagrado en el artículo 21. En nuestro caso no hay ningún indicio de que se haya violado un derecho fundamental del acusado. El enfoque compensatorio en el caso ***Shaheed*** está relacionado con una supuesta violación de un derecho consagrado en la Declaración de Derechos y Garantías, y no con una confesión supuestamente obtenida en forma impropia o coercitiva. Como dijo el Presidente del Tribunal en el caso ***Masame,*** la prueba de compensación del caso ***Shaheed*** entra en conflicto con el enfoque adoptado por el Tribunal de Apelaciones el caso ***AG vs. Ueti*** [7]. No tiene sentido aplicar una prueba de veracidad a una confesión o a una declaración otorgadas en forma impropia o coercitiva, ya que la forma en que fue obtenida hace que no importe si es verdadera o no. Esto fue mejor expresado por Lord Hailsham en ***Wong Kamming vs. R*** [8] en un pasaje citado en ***Ali***:

> "Cualquier sistema civilizado de jurisprudencia penal debe acordar con el poder judicial cuáles son los medios para desestimar las confesiones obtenidas en forma impropia. Esto no es sólo a causa de la poca confiabilidad de dichas declaraciones, sino también, y tal vez en primer lugar, porque en una sociedad civilizada es imprescindible que las personas que se encuentran bajo custodia o que están acusadas de un delito sean tratadas en forma digna y no se vean forzadas a prestar declaración".

**Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**

El defensor del acusado también argumentó que la ausencia del padre o la madre implicaba que la declaración libre y espontánea infringe la Ley de Delincuencia Juvenil de 2007, pero el artículo 9 de esta Ley no resulta relevante para el caso. Sin embargo, la violación de los artículos 37 y 40 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Samoa, es un argumento con mucho más peso. La fiscalía dice que la CDN no garantiza el derecho de que los padres estén presentes en un interrogatorio policial y que ser miembro ratificante de la Convención no significa que ésta forme parte de la legislación local de Samoa, por lo menos hasta que el Parlamento legisle sobre el tema, tal como lo hizo con la Ley de Delincuencia Juvenil.

Por la misma razón, tampoco la policía está obligada a respetar esta norma. A pesar de que la CDN establece cuáles son las prácticas adecuadas a seguir por la policía, las declaraciones obtenidas en ausencia de los padres o su equivalente no se deberían desestimar en forma automática.

En general, los infractores juveniles y los menores requieren un tratamiento especial. La CDN establece que "*el menor, a causa de su inmadurez física y mental necesita garantías y cuidados especiales, incluyendo su protección antes y después del nacimiento*". La CDN, adoptada en forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sigue siendo la convención internacional de derechos humanos con más cantidad de países ratificantes. Samoa firmó esta convención el 29 de noviembre de 1994, pero, como sucede en la mayoría de los países del Pacífico, todavía no ha cumplido las obligaciones que le corresponden según el texto de la convención, que dice que los Estados parte "adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención[9]. Quiero hacer énfasis en las palabras *"de otra índole".*

Los artículos relevantes son el 37(b), (c) y (d).

El inciso (d) dispone en forma relevante que:

> "Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada".

El texto del artículo 40 (2) (b) (ii) dispone:

> "Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
>
> (ii) Que sea informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que disponga de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa".

**La CDN en las sentencias de los países del Pacífico Sur**

Estas disposiciones no requieren explícitamente que el padre, la madre o un adulto a cargo estén presentes durante un interrogatorio policial, pero hubo un tribunal del Pacífico que interpretó el artículo 40(2)(b)(ii) de esta manera.

7 7(1994) CA 24/93, 5 de mayo de 1994

8 8[1980] AC 247, 261

9 Artículo 4.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

La Corte Suprema de Tuvalu en el caso ***Simona vs. La Corona***[10] decidió que "cualquier menor que se encuentre bajo custodia policial [tiene] el derecho de que su padre, su madre o un adulto a cargo estén presentes, a menos que resulte impracticable". El juez Ward, presidente del tribunal, dijo:

> "La idea de que los menores necesitan protección especial se sustenta en la inmadurez y la vulnerabilidad de los niños. Sobre estas bases se erigió la Convención sobre los Derechos del Niño. Está ampliamente aceptado que, en la hostil y estresante situación de ser acusado de haber cometido un delito, un menor necesita la orientación de un adulto y la confianza de alguien que genuinamente esté de su parte. Sugerir que el menor debería tener conocimiento de este derecho y debería tener el coraje o la madurez de exigir que se respete sería absolutamente contrario a los fundamentos filosóficos de la Convención. Personalmente, creo que la conclusión lógica es que la policía tiene la obligación de informar a cualquier menor sobre su derecho a la presencia del padre, la madre, el tutor o el asesor legal y que debe ocuparse de tomar todas las medidas razonablemente necesarias para asegurarse de que esto se cumpla y evitar que el menor preste declaración en contra de sus intereses".

Los tribunales de este país deben respetar la Convención como máxima autoridad. De acuerdo con el caso ***Policía vs. Faiga***[11]:

> "En el caso ***Procurador General vs. Maumasi*** [12], el Tribunal de Apelaciones decidió que todos los tribunales de Samoa deben respetar los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño en casos relevantes bajo su ámbito.". Nada menos que Lord Cooke of Thorndon, quien por muchos años presidió el Tribunal de Apelaciones de Samoa, estableció que los principios de la CDN no podían ser considerados como meros objetos decorativos. Los demás comentarios del Tribunal de Apelaciones pueden ser consultados en la sentencia del caso ***Policía vs. Kum***[13].

Hay un claro mandato para los tribunales de este país en orden a respetar las disposiciones de la Convención en los casos en que corresponda, y no sólo de la boca hacia afuera.

Los tribunales samoanos no han tardado mucho en reaccionar. Por ejemplo, en el caso ***Leituala vs. Mauga***[14] sed en el que se aplicó el artículo 16 de la Convención (contra la interferencia arbitraria o ilícita en la privacidad, la familia, el hogar, el honor y la reputación del menor) para imponer al Municipio de la Ciudad el pago de una importante indemnización por daños por desterrar al demandante y a su familia sin causa justa.

También tenemos el caso ***Procurador General vs. Maumasi***, un caso de homicidio descripto por el Tribunal de Apelaciones como "un crimen terrible bajo cualquier punto de vista", en el que el tribunal elevó la condena de 3 años y medio a 5 años de prisión y con el agregado de que "si en el futuro ocurriese un caso comparable podría estar justificada la imposición de una condena incluso mayor".

Este criterio se confirmó en el caso ***Policía vs. Kum*** [ver cita anterior], en el que el tribunal elevó la condena de 9 meses a 3 años. De hecho, en el caso ***Wagner vs. Radke***[15], el tribunal aplicó la política y los principios contenidos en la Convención de La Haya sobre Secuestro Internacional de Menores de 1980, que ni siquiera fue ratificada por Samoa.

Estas decisiones demuestran la amplia aplicación de las disposiciones y los principios de la Convención. Otras jurisdicciones a lo largo del Pacífico han aplicado la Convención y sus principios filosóficos: en el caso ***Kosrae vs. Ned***[16] se aplicaron al servicio comunitario; también se adoptaron en ***El Estado vs. Noimbik***[17], en Papua Nueva Guinea; en ***Ali vs. El Estado***[18] se aplicaron al castigo corporal en las escuelas de Fiji; en ***Re Lorna Gleeson***[19] el Presidente del tribunal de Nauru dijo: "Nauru es un Estado parte de la CDN. Por esta razón, aunque la Convención esté regulada o no en nuestra legislación local, me considero en condiciones de contemplar sus disposiciones en la resolución de los casos mencionados"; en ***Regina vs. Setaga***[20] el Juez Ward dijo: "Tuvalu ratificó la CDN en 1995, y aunque esté claro que todavía no ha tomado las medidas legislativas requeridas por el artículo 4 para la implementación de los derechos reconocidos en la Convención, los términos del artículo 40 deben ser considerados como una guía sobre cómo deben ser aplicados por los tribunales locales".

[10] [2002] TVHC 1
[11] [2008] WSSC 1996
[12] [1999] WSCA
[13] [2000] WSCA 6
[14] [2004] WSSC 9
[15] [1997] WSSC 6
[16] [2005] FM KSC 11
[17] [2007] PGDC 63
[18] [2001] FJHC 169
[19] [2006] NRSC 8
[20] [2008] TVHC 3

También en el caso ***Faaoso vs. Paongo***[21] se adoptaron los mismos principios. También podemos tomar como precedente la gran cantidad de fallos de los Tribunales Europeos de Derechos Humanos que interpretan y aplican los principios de la CDN.

**Resolución**

Esta gran abundancia de jurisprudencia internacional demuestra que los Estados parte de la CDN, independientemente de la ausencia de legislación local específica, han incorporado en su propio Derecho los principios filosóficos subyacentes en la Convención. Estos países le han dado nueva vida a la CDN, lo cual resulta muy importante en un mundo moderno en donde los menores siguen siendo explotados en conflictos armados, pornografía infantil, prostitución infantil y demás. Samoa no debería dudar en posicionarse como uno de los países activos en esta lucha.

El artículo 37(d) establece que los menores bajo custodia tienen derecho a un pronto "acceso a la asistencia jurídica y *otra asistencia adecuada*". En este caso la asistencia al menor podía haber venido de su madre o de un abogado. Concuerdo con el juez Ward en su argumentación del caso ***Simona*** en que las palabras y/o los principios subyacentes al artículo 40(2)(b)(ii) indican que el padre, la madre, el tutor o un adulto equivalente deben estar presentes si un menor es interrogado por la policía en relación con un supuesto acto de conducta criminal. Como en este caso no se cumplió este requisito, la declaración libre y espontánea del 30 de septiembre de 2008 se debería excluir de las pruebas del caso, ya sea por esta razón o en base a que la violación del espíritu y los principios filosóficos de los artículos 37(d) y 40(2)(b)(ii) equivale a obtener una confesión utilizando métodos impropios o inadmisibles.

Otra razón para excluir esta declaración es la naturaleza poco clara de las pruebas otorgadas por la policía. El oficial a cargo negó que Oloa estuviera presente durante la declaración y dijo que el acusado decidió voluntariamente modificar la historia que había contado cuando llegó al destacamento, mientras que el sargento dijo que la presencia de Oloa motivó al acusado a modificar su declaración previa.

Esta diferencia no resulta menor. También existen controversias respecto de cuánto duró el interrogatorio: uno dice que duró 2 horas y 22 minutos y otro que duró 1 hora. La declaración libre y espontánea tomada el día anterior tenía una extensión similar y sin embargo se realizó en 40 minutos. Esto genera dudas sobre la confiabilidad de la declaración libre y espontánea del 30 de septiembre de 2008, especialmente porque el cabo Malama, que tomó nota de la declaración, no la firmó y tampoco fue llamado a declarar en juicio. Las versiones de los dos policías testigo se contradicen, ya que sólo el sargento dijo que el acusado salió del destacamento para fumar un cigarrillo. Estas inconsistencias también contribuyen a mi decisión de excluir esta prueba.

Esto quiere decir que no se tendrán en cuenta la supuesta confesión espontánea del acusado a su llegada a la estación de policía y la confesión realizada ante el sargento cuando salieron a fumar. Las pruebas del oficial a cargo en relación con la naturaleza espontánea de la confesión serían admisibles dado que la declaración se realizó sin presión y antes de que el oficial de policía pudiera informar los derechos. Pero sus pruebas se contradicen con las del sargento. No me satisface que la fiscalía haya establecido que la confesión fue voluntaria sin lugar a dudas razonables y que debería ser aceptada como evidencia. Estas confesiones se deben excluir.

Aunque ambas confesiones pasaran las pruebas de veracidad aplicables del *common law*, se deberían excluir de todos modos por haber sido realizadas en ausencia de uno de los padres o un adulto equivalente, violando los derechos del acusado según la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por tanto, determino que la declaración libre y espontánea de fecha 30 de septiembre de 2008 y las confesiones realizadas a la policía ese mismo día por parte del acusado son inadmisibles.

**Juez Clarence Nelson** es un juez del Tribunal Supremo en Samoa, el Pacifico Sur.

[21] [2006] TOSC 37



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

# Derechos del menor — justicia para la próxima generación, Bangladesh

Justice M Imman Ali

Esta es una versión editada de un discurso pronunciado por el autor en la 15 ª Conferencia Trienal de la Magistratura de la Commonwealth y la Asociación de Jueces en las Islas Turcas y Caicos

El reconocimiento de la relación existente entre los menores y la justicia es un fenómeno relativamente reciente. Hasta fines del siglo XIX no se reconocía al niño como entidad legal independiente. Desde entonces, se han sucedido tres generaciones de derechos del niño hasta la adopción del instrumento internacional más importante, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en 1989. Desde un inicio en el que prácticamente no tenían derechos, los niños han pasado a tener una de las posiciones legales internacionalmente más fuertes en comparación con otros sujetos de derecho, gracias a la CDN, que es la Convención con mayor adhesión internacional ya que ha sido ratificada por 193 Estados Parte[1].

En este punto me gustaría apuntar a un grupo particular de niños y su relación con la ley: los niños en conflicto con la ley. Estos niños tienen una relación dual con la ley. Se alega que han cometido algún acto considerado delito por la legislación penal en su país, mientras existe al mismo tiempo una legislación internacional, y en la mayoría de los casos nacional, que les otorga derechos para protegerlos. En los artículos 37 y 40 de la CDN se reconoce expresamente que estos niños necesitan protección especial y deben ser tratados de una manera compatible con su edad, promoviendo el sentido de dignidad y valor del niño para reforzar su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás. Los artículos también señalan la importancia de promover la reinserción del niño en la sociedad y la posibilidad de que el menor asuma un rol constructivo. Además, otros instrumentos internacionales[2] otorgan derechos más específicos a los niños en conflicto con la ley. No obstante, para que los niños de todo el mundo puedan beneficiarse con estas disposiciones, es crucial que estas disposiciones sean incorporadas a la legislación nacional.

**La situación en Bangladesh**

Bangladesh fue uno de los primeros países que ratificó la CDN en 1990 y, por lo tanto, uno de los primeros en reconocer la relación entre los menores y la ley. Sin embargo, a pesar de ser un país en el que casi el 50% de la población está compuesta por niños, la relación sigue siendo precaria en la práctica. Bangladesh es un país que se rige por el sistema del *Common Law*, con un sistema legal pluralista compuesto por leyes escritas, jurisprudencia y leyes religiosas que se aplican en el área del derecho de familia. Por ser un país con un sistema dual, las disposiciones de la CDN no son directamente aplicables en Bangladesh y para que ello ocurra sus disposiciones deben incorporarse en la legislación nacional. Además, en caso de conflicto, prevalecen la constitución y otras leyes nacionales, que rigen por sobre la CDN. Lamentablemente, no hay ninguna ley en Bangladesh que incorpore totalmente la CDN a la legislación nacional. No obstante, un fallo reciente[3] de la División Superior de la Corte Suprema de Bangladesh consideraba la aplicabilidad de instrumentos internacionales. Basándose en un fallo anterior de la División de

[1] Somalía y los Estados Unidos son los únicos dos países que no han ratificado la Convención

[2] Como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) de 1985, las Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil (Pautas de Riad) de 1990, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana) de 1990

[3] El Estado vs. Comisionado de la Policía Metropolitana 60 DLR 660



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

Apelaciones[4] y apoyándose en un fallo de la Corte Suprema de la India[5], que a su vez hacía referencia a un fallo australiano[6], sostenía que como país signatario de la CDN de las Naciones Unidas, Bangladesh tenía la obligación de implementar nuevas medidas para aplicar las disposiciones de la CDN. Además, a falta de disposiciones favorables en la legislación nacional, el fallo también sostenía que Bangladesh debía aplicar las metas y objetivos de la CDN.

La Constitución de Bangladesh de 1972 establece en el artículo 28(4) que "*Ninguna disposición de este artículo impedirá al Estado tomar medidas especiales a favor de las mujeres o los niños o para promover el progreso de los ciudadanos menos favorecidos".* Por lo tanto, la legislatura tiene facultades para incurrir en una discriminación positiva que favorezca a los niños. La ley principal de Bangladesh referida a los niños, la Ley del Menor, fue sancionada en 1974 y tomó como punto de partida la Ley de Niños de Bengala de 1922. Inmediatamente después de la independencia de Bangladesh se percibía que esta ley favorecía a los niños y era progresista para la época. Sin embargo, esta ley no refleja en gran medida los principios de la CDN.

Aunque la ley trata a los niños en forma general, la mayoría de sus disposiciones se refieren en realidad a los niños en conflicto con la ley, con lo que resulta principalmente un instrumento de legislación de 'justicia juvenil'. El Artículo 2(f) de la Ley define al niño como toda persona menor de 16 años. Otras leyes, cuando se refieren a los niños usan definiciones distintas. Esta definición de niño se basa en una percepción social centrada en la creencia de que los niños en Bangladesh llegan a la adultez más rápidamente que en otras partes del mundo. Por lo tanto, la palabra "*shishu*" que significa niño en Bangladesh, se utiliza sólo en referencia a niños menores de seis años de edad. Esta percepción también se aplica cuando se trata de menores en conflicto con la ley. Esto se pone en evidencia en la disposición sobre edad mínima de imputabilidad penal, establecida en el artículo 82 del Código Penal de 1860, que hasta 2004 estaba fijada en siete años y se elevó a nueve años a través de una modificación del Código Penal. También, según el artículo 83 de este Código, los menores están exentos de responsabilidad penal si tienen más de nueve años pero menos de doce y no han adquirido la suficiente madurez para comprender la naturaleza y las consecuencias de su conducta en el momento de cometer el delito. Pero esta disposición queda sujeta a la evaluación personal y a la discreción del juez a cargo del juicio.

A pesar de que la Ley del Niño contiene disposiciones específicas que dan al niño un tratamiento diferente al de los adultos (como condiciones especiales para juicios informales, un esquema independiente de sanciones punitivas a través de la detención sin juicio) en términos generales, en la práctica reciben el mismo tratamiento que los adultos. Esto proviene de una tendencia general a evaluar las conductas de los niños que delinquen en forma similar a los actos delictivos cometidos por adultos. En algunas instancias se utiliza una actitud de represalia con el objeto de disuadir a los niños de cometer nuevos delitos. Por lo tanto, hasta hace poco tiempo era frecuente encontrar niños en prisión junto con adultos y, en algunos casos, todavía se llevan a cabo juicios conjuntos, especialmente cuando no se toman las medidas apropiadas para determinar la edad del delincuente juvenil en la primera etapa del juicio. Sin duda, uno de los principales desafíos en Bangladesh es determinar quién es niño. En un país en donde el registro de nacimientos de la población todavía es inferior al 50% y no se accede fácilmente a otra prueba de edad, no resulta fácil verificar la edad del niño. Como primer punto de contacto, la policía es la primera en determinar la edad de un niño. En Bangladesh, la policía con frecuencia exagera deliberadamente la edad del niño en la acusación a fin de evitar las formalidades extras requeridas para investigar un delito cometido por un menor. A modo de salvaguarda, la Ley del Niño dispone en el artículo 66 que el tribunal tiene la obligación de averiguar la edad del menor y de registrar las pruebas que se presenten en la audiencia del caso. No obstante, con frecuencia los tribunales menores no hacen las debidas averiguaciones por sus propios medios. La evaluación se realiza en función de la apariencia física y con frecuencia se la exagera para evitar las complicaciones de los juicios juveniles. Como resultado, los niños reciben el mismo trato que los adultos, con lo cual se los priva de los derechos otorgados por la Ley de Niños y la Constitución.

Como legislación juvenil, el énfasis de la Ley de Niños recae en la internación de los niños. Los conceptos modernos, como las medidas alternativas, no están reflejados en la Ley. No obstante, en el artículo 53, la Ley permite que los tribunales otorguen libertad condicional a los niños en base a su buena conducta y bajo el compromiso de que estén bajo cuidado del padre, la madre, un tutor, otro familiar adulto o una persona apta. Sin embargo, debido a la ubicación de este precepto en la Ley, los tribunales tienden

[4] Hussain Muhammad Ershad vs. Bangladesh y otros, 21 BLD (AD) 69, por Bimalendu Bikash Roy Choudhury, J.

[5] Unión del Pueblo por las Libertados Civiles vs. Estado de la India, 1997 SCC (Cri) 434

[6] Inmigración y conflictos étnicos vs. Teoh (1995) 69 LJ 423

a considerar sólo el Artículo 51, que permite la pena de prisión en casos excepcionales, y el 52, que permite la reclusión en un instituto habilitado.

Además de los niños en conflicto con la ley, ésta también se refiere a otros niños que están en contacto con la ley, como las víctimas y los niños indigentes o abandonados. Sin embargo, el tratamiento que reciben estos niños bajo la ley es similar al que reciben los niños en conflicto con la ley. Por lo tanto, la ley otorga amplios poderes discrecionales para llevar a esos niños ante el tribunal y recurren demasiado frecuentemente a la internación. En la ley no se encuentran referencias a conceptos como los cuidados alternativos y la reinserción de los niños en la sociedad.

**La influencia de la CDN**

Al ratificar la CDN, Bangladesh se obliga a implementar los derechos de la CDN, incluyendo el artículo 4 que impone a los Estados la obligación de tomar todas las medidas legales apropiadas para la implementación de los derechos de la CDN. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación respecto de que la legislación de Bangladesh no es compatible con la CDN y ha recomendado repetidas veces realizar una reforma legislativa. De este modo, el Comité sostuvo recientemente en sus Observaciones Finales del 12 de junio de 2009[7] que "algunos aspectos de la legislación nacional continúan en conflicto con los principios y disposiciones de la Convención y lamenta que no exista una legislación integral que incorpore los principios de la Convención". Recomendó que Bangladesh "continúe adaptando su legislación a los principios y disposiciones de la Convención para incorporarla a su legislación nacional, garantizando que todos los individuos y jueces en todos los niveles de procedimientos judiciales y administrativos puedan invocar la Convención como base legal[8]". También recomendó que "se realice una revisión a la Ley de Menores de 1974 para que cubran integralmente los derechos del niño"[9].

Todavía no se ha emprendido esta reforma legislativa, a pesar de la recomendación del Tribunal Superior en 2006 en el caso *El Estado vs. Md. Roushan Mondalalso, conocido como Hashem*[10] de promulgar leyes que coincidan con los puntos de vista expresados en tal fallo. Sin embargo, en el 2007, el Gobierno creó un Comité Interministerial, cuyo presidente es el Ministro de Bienestar Social, para que se revise la legislación nacional de Bangladesh. Este Comité creó un subcomité cuya presidencia fue otorgada al Secretario Adjunto del Ministerio de Bienestar Social para que se revise la legislación sobre los niños y se redacten proyectos de recomendaciones. UNICEF es miembro de este subcomité junto a *Save the Children* (Salven a los Niños) de Gran Bretaña y está suministrando apoyo técnico y económico. Se creó un comité de trabajo técnico para realizar la revisión y elaborar las modificaciones. La revisión afirmó que muchas de las disposiciones de la Ley de Menores y otras legislaciones relacionadas con los niños no coinciden plenamente con la CDN. Por ejemplo, hay distintas definiciones de niño, existen disposiciones discriminatorias en relación a los límites legales de edad entre varones y mujeres, y muchas de las disposiciones de la CDN no están presentes en la legislación, como la participación de los niños, el interés superior del niño, el derecho a la salud y la educación, etc. Por estas razones, luego de la revisión, se recomendó la redacción de una nueva ley que tenga como eje central la justicia para el menor y la redacción de un código integral del menor que incorpore completamente los artículos de la CDN a la legislación nacional y que armonice todas las otras leyes existentes en relación con los menores que presentan diferencias con la CDN.

El subcomité aprobó las recomendaciones emergentes de la revisión, pero eventualmente decidió modificar la Ley de Menores de 1974 en lugar de redactar una ley completamente nueva. Sin embargo, debido al gran número de enmiendas, en esencia la Ley modificada equivale a una nueva ley. Las modificaciones a la Ley se han redactado con la asistencia técnica de UNICEF y, lo que es muy importante, ahora se define al menor como una persona menor de 18 años. La modificación promueve la implementación de la justicia para menores mediante disposiciones que contemplan a los menores en conflicto con la ley, a los niños víctimas y a los niños con necesidad de cuidado y facilitan el acceso a la justicia a través del uso de procedimientos aptos para niños. El nuevo texto promueve en la mayor medida posible el tratamiento de los niños por fuera del sistema de justicia formal a través del uso de medidas alternativas, pero al mismo tiempo prevé la creación de tribunales para menores para aquellos casos que deban ser tratados dentro de un sistema formal. La redacción del nuevo texto está casi concluida, y luego de su traducción al bengalí se enviará a todas las partes interesadas para recibir sus aportes y comentarios. El proceso de consulta está en curso.

---

[7] Versión inédita anticipada de las Observaciones Finales: Bangladesh, Comité de los Derechos del Niño, sesión número cincuenta y uno, observación de las informes presentados por los estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención, CDN/C/BGD/CO/4, 12 de junio de 2009

[8] Párrafo 12 de las Observaciones Finales

[9] Párrafo 13 de las Observaciones Finales

[10] 59 DLR 72



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

Aunque la modificación de la Ley de Menores es un paso importante para asegurar la compatibilidad entre la CDN y la legislación nacional, dicha modificación no incorpora completamente la CDN a la legislación nacional. Según la opinión de UNICEF, la inclusión de todos los artículos de la CDN a la Ley entraría en conflicto con la naturaleza especializada de la Ley de Menores de 1974, que es esencialmente una ley de justicia juvenil y ahora se ha convertido en una ley especializada en justicia de menores. Por lo tanto, UNICEF recomendó al subcomité la redacción por separado de un Código de Menores que integre todas las disposiciones de la CDN y que sirva como marco de referencia legal para armonizar la legislación de menores de Bangladesh con la CDN y adoptar nuevas leyes de menores en el futuro. Creemos que luego de que se implemente la modificación de la Ley de 1974, el siguiente paso será la implementación de un Código de Menores que asegure la incorporación de los derechos de la CDN en la legislación nacional de Bangladesh.

Por esta razón, parece que está por comenzar un nuevo capítulo en la relación entre los menores y la ley en Bangladesh. Sin embargo, uno de los mayores desafíos que tendremos si se implementan las modificaciones de la ley de 1974 es asegurar que no se convierta en letra muerta sino que se aplique efectivamente en la práctica. Esto se relaciona con que las disposiciones de la ley que coinciden con la CDN no se implementan actualmente debido a la falta de conocimiento o reconocimiento apropiado por parte de jueces, abogados, oficiales de policía y funcionarios de libertad condicional y debido también a la falta de recursos disponibles, tanto humanos como financieros. Además, existe una opinión generalizada por parte de los actores relevantes que refleja lo que podría denominarse 'actitud victoriana' y que tienen como resultado un severo tratamiento a los menores. A menos que se tengan en cuenta todos estos aspectos, la nueva ley tendrá el mismo destino. Al no haber en Bangladesh profesionales que trabajen con menores y cuenten con conocimiento específico, ni leyes relacionadas con los menores, ni defensores de menores, los niños no cuentan prácticamente con ningún mecanismo para obtener compensación y justicia por la violación de sus derechos.

**Proyecto piloto de medidas alternativas**

Necesitamos un cambio de mentalidad en las personas que trabajan con menores, que no puede lograrse solamente con una modificación de la ley y que tomará tiempo desarrollar. Es por estas razones que UNICEF Bangladesh ha comenzado a desarrollar un proyecto piloto en el distrito de Jessore para promover el uso de medidas alternativas en lugar de la privación de la libertad, en los casos de niños que residen actualmente en centros de detención juvenil en Jessore, conocidos como centros de desarrollo juvenil. Actualmente, en la primera fase del proyecto se ha formado un equipo operativo de administración judicial de casos, integrado por diferentes profesionales, para revisar los casos de menores que se encuentran en el centro de detención. Se espera que para la segunda fase del proyecto, se adopten medidas comunitarias alternativas para los menores que estén en conflicto con la ley, que serán establecidas como parte del proyecto en vez de continuar con el proceso judicial formal. Según el estado de implementación de la nueva ley, que puede llevar tiempo, se introducirán gradualmente los nuevos conceptos, como las medidas alternativas. Pero antes de que las medidas alternativas entren en vigencia es necesario crear infraestructura allí donde no existe ninguna, por ejemplo, instituciones-hogares alternativos. De todos modos, es crucial contar con una legislación apropiada para menores, con lo cual mientras no exista legislación nacional no se podrán implementar la CDN ni otros instrumentos internacionales. Los organismos involucrados, incluyendo la policía, el poder judicial y los organismos oficiales de gobierno, se mostrarán reacios a implementar cualquier disposición perteneciente a instrumentos internacionales a menos que existan instrumentos escritos que contengan instrucciones claras en ese sentido.

De esta manera, a menos que estas disposiciones se incorporen a la legislación nacional, éstas se verán excluidas por la tradición legal y cultural de Bangladesh y su implementación no será más que un lejano reclamo. Como primer paso, es esencial formular leyes compatibles con las disposiciones de la CDN. Sin embargo, las leyes nunca son suficientes para asegurar la protección de los derechos del niño. Hasta que no se tenga una mentalidad más respetuosa hacia los derechos de los niños, esto no cambiará. Un importante primer paso será, en el caso de Bangladesh, garantizar la implementación de la Convención de los Derechos del Niño.

**Juez Imman M. Ali***, siys en el Tribunal Superior, Bangladesh y sirve de Comité Ética de la AIMJF.



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

# La explotación de menores y protección online del Reino Unido

Maurine Lewin

**Una respuesta global a la protección de los menores: detrás de bambalinas en el Centro contra la Explotación de Menores y Protección Online del Reino Unido'**

Cuando se creó el Centro contra la Explotación de Menores y Protección Online (CEOP), la división policial del Reino Unido encargada de luchar contra la explotación de menores, en abril de 2006, se consideró a esta iniciativa como el desarrollo más significativo en protección de menores hasta la fecha. Este artículo ofrece una reseña del trabajo realizado por el Centro, tanto en sus actividades locales como en el plano internacional.

Desde entonces, el Centro ha preservado a 346 menores del abuso sexual, ha arrestado a 724 individuos sospechosos de haber cometido abuso sexual de menores, ha desmantelado y desbaratado 166 redes de pedofilia organizada y ha brindado consejos de seguridad online a 4,8 millones de menores del Reino Unido a través de su premiado programa de educación 'Thinkuknow'.

El CEOP forma parte de las fuerzas de seguridad del Reino Unido y por lo tanto le corresponden todas las facultades de poder de policía existentes para luchar contra la explotación de menores. Su estructura es única, e incluye especialistas en protección de menores y expertos en educación, industria y gobierno que trabajan en conjunto con los oficiales de policía. Este amplio rango de especialidades permite que el Centro ofrezca un abordaje integral a la explotación de menores, incorporando conocimientos especializados en seducción de menores por Internet, identificación de la víctima, análisis de conducta, trata de menores, localización de delincuentes prófugos y otras áreas.

**Usar la inteligencia para construir entendimiento**

El trabajo del CEOP se basa en recibir, analizar y priorizar información de inteligencia. La información de inteligencia viene del público, de los organismos de seguridad, de la industria y de las organizaciones no gubernamentales (ONG). Esta información es administrada por el Cuerpo de Inteligencia del CEOP, que supervisa el flujo de información a través de la organización y hacia agencias externas, como fuerzas locales del Reino Unido o autoridades internacionales. La información de inteligencia se investiga, se amplía y se desarrolla, y luego se traduce en informes de evaluación (en conformidad con la Ley de Regulación de Poderes de Investigación de 2000) que se difunden según resulte apropiado.

Entre marzo de 2008 y febrero de 2009, el Centro recibió alrededor de 5500 denuncias, 2500 de los cuales habían sido enviadas por el público a través de la función que brinda la organización a través del botón 'Denuncia CEOP' que figura en la página de Internet. De estas denuncias, 1373 fueron enviadas por menores y el 89% de las mismas se relacionaba específicamente con casos de seducción de menores. Al hacer clic en este botón, el usuario es derivado a una página multifunción de seguridad online que cubre una cantidad de amenazas como acoso cibernético, seducción de menores por Internet, virus y piratería informática. Cuando corresponde, el CEOP les indica a los menores que se contacten con otras organizaciones que brindan asesoramiento y apoyo, garantizando que los posibles casos de abuso sexual ingresen al equipo de CEOP para que pueda entrar en acción inmediatamente.

La mayoría de las denuncias de organismos de seguridad, tanto en el Reino Unido como en el exterior, se relacionan con potenciales actividades delictivas, ya sea a través de Internet o no, en el Reino Unido o en otros países. Estas denuncias en general incluyen datos de comunicaciones sobre sospechosos de delitos en el Reino Unido, ya sea a través de sitios específicos de Internet, mediante grupos de noticias o mediante redes de pares (*peer-to-peer*). Algunas de estas denuncias constituyen las primeras señales de que existe una red de pedofilia, información sobre delincuentes prófugos o información sobre la conducta de un ciudadano del Reino Unido que vive, está de visita o trabaja en otro país.

Las denuncias enviadas por la industria son más variadas que los de otras áreas debido a la diversidad de sectores involucrados. Por ejemplo, estas denuncias pueden involucrar a proveedores de páginas de chat y moderadores, a la industria bancaria y de comunicaciones o a proveedores de servicios de Internet. También se incluyen casos de seducción de menores por Internet, contenido ilegal e imágenes de abuso de menores, así como información de conductas que indican que existe una red activa de pedofilia.

Las denuncias de las ONG a veces surgen de los servicios de asesoría o líneas de ayuda del Reino Unido. Esto sucede principalmente en aquellos casos en que los equipos de especialistas del CEOP necesitan apoyo para detectar la ubicación de un menor que se puede encontrar en riesgo de daño grave, en los cuales se puede coordinar una respuesta de emergencia. Además, hay ONG de otros países que envían información de inteligencia sobre ciudadanos del Reino Unido que son sospechosos de haber cometido abusos sexuales contra menores en el exterior.

En un análisis reciente de las denuncias recibidas por el CEOP se registran desde casos en que los delincuentes se han infiltrado en redes sociales y en otros ambientes para recopilar fotografías de menores pequeños, hasta casos de seducción prolongada y chantaje, en que los delincuentes buscan concertar un encuentro con el menor fuera de Internet para secuestrarlo o cometer abuso sexual.

El CEOP también ha observado una tendencia creciente de los delincuentes a utilizar redes de Internet para comunicarse entre ellos, compartiendo imágenes de abuso en tiempo real u otro tipo de imágenes; al parecer, la intensidad del contacto sexual filmado o la 'novedad' del delito recién cometido le dan mayor credibilidad al delincuente ante otros individuos de características similares.

**Colaboración de especialistas**

Elaborar análisis de inteligencia a partir de las denuncias que llegan al Centro, especialmente a partir de los informes públicos sobre posible actividad de seducción de menores por Internet, a veces requiere la colaboración de expertos de otros equipos del CEOP. Estas colaboraciones incluyen investigaciones encubiertas por Internet, desarrollo de inteligencia financiera, apoyo forense, análisis de la conducta o aportes de especialistas en la identificación de la víctima.

Las investigaciones encubiertas por Internet en general implican tomar la identidad de un menor o un delincuente y, en algunos casos, adoptar la identidad online de un menor que estaba siendo seducido con el fin de obtener más información sobre el sospechoso.

Una investigación en particular resultó en la identificación de un sospechoso que hizo los arreglos para viajar a otra parte del Reino Unido y encontrarse allí con el o la 'menor' que había estado seduciendo. Al llegar al hotel en el que tenía reserva se encontró con oficiales de la policía local y posteriormente fue condenado y encarcelado por delito de seducción de menores.

Los investigadores del CEOP también pueden adoptar la identidad online de delincuentes que ya han sido arrestados. De esta manera, se puede recabar más información sobre sospechosos que están conectados entre sí a través de sitios de Internet.

En octubre de este año, Daniel Henry, de 34 años, de Clitheroe, Lancashire, compareció ante el Tribunal de Bradford y fue sentenciado, después de declararse culpable, de publicar fotografías indecentes de menores, 18 cargos por tomar fotografías indecentes a menores, tomar pseudo fotografías indecentes a un menor y dos cargos por ocuparse de definir los detalles para cometer abuso sexual de un menor.

Henry había sido arrestado en noviembre de 2008 luego de que la Policía de West Yorkshire unió sus fuerzas con el CEOP para el seguimiento de la información de inteligencia recibida por los oficiales sobre un caso de actividad delictiva a través de Internet. Los investigadores encubiertos del CEOP pudieron identificar a Henry por su uso activo de Internet y de las salas de chat.

La Inspectora Detective Vicky Lawrence de la Unidad de Protección de los Menores y el Público de la Policía de West Yorkshire dijo con convicción: "Henry es un hombre muy astuto. Hizo esfuerzos coordinados para ocultar su identidad verdadera online y al parecer no dejó ningún rastro, pero gracias a nuestro investigador encubierto pudimos develar su identidad. Al trabajar en estrecha colaboración con el CEOP pudimos utilizar las tácticas de investigación encubierta por primera vez en West Yorkshire, y esto demuestra que ponemos todo nuestro empeño en identificar a los individuos involucrados en abuso sexual de menores, llevarlos a la justicia y proteger a los menores".

Los expertos en identificación de víctimas del CEOP realizan investigaciones meticulosas para identificar y localizar tanto a los menores víctimas como a los delincuentes involucrados en la publicación de imágenes de abuso de menores. Desafortunadamente, no es poco el trabajo que deben hacer, ya que hay más de un millón de imágenes almacenadas en la base de datos del Centro. Es una tarea desgarradora, y los encargados de realizarla cuentan con asesoramiento psicológico obligatorio; sin embargo, cuando se localiza a un menor y se le

brinda protección, la satisfacción y el alivio experimentados por el equipo son inmensos.

No obstante, a veces la recompensa emocional que significa proteger exitosamente a un menor después de meses de arduo trabajo es contrarrestada por informes de sentencias inconsistentes cuando los casos llegan a la justicia.

En septiembre de 2008, el tribunal de Oxford le otorgó una completa absolución a un hombre de 55 años a pesar de que había descargado más de 7466 imágenes de abuso sexual de menores. Phillip Carmichael, un ex maestro de escuela primaria, justificó sus acciones alegando que estaba bajo la influencia de remedios para el Parkinson que, según él, le causaba impulsos sexuales incontrolables.

Aunque el CEOP no estaba colaborando en la investigación sobre Carmichael, el resultado generó decepción ya que reafirmó la percepción de que mirar imágenes de menores que están sufriendo abusos es una salida legítima para la frustración sexual de los adultos. Jim Gamble, Jefe Ejecutivo del CEOP dijo:

"Estas imágenes no se materializan mágicamente. Para que existan estas imágenes, un menor ha sufrido un horrible delito que lo acompañará de por vida. Las personas que descargan estas imágenes deben ser condenadas en forma acorde a sus acciones".

Jim Gamble también destaca el uso frecuentemente impreciso y engañoso del lenguaje en lo que respecta al delito de observar imágenes de abusos de menores. Y agrega:

"El término 'pornografía infantil' es simplemente inaceptable. El material que procesan diariamente los oficiales del CEOP no tiene ninguna relación con nada que sea remotamente erótico para la mayoría de los adultos; estamos hablando de imágenes que muestran a niños muy pequeños siendo violados brutalmente".

"La palabra 'pornografía' insinúa que estos delincuentes simplemente tienen una preferencia sexual distinta de la de otros adultos. Esto complica gravemente el tema para los profesionales de derecho penal, para el público en general y—lo que es peor—para las propias víctimas, que son incitadas a creer que han sido cómplices del abuso. El hecho de que los adultos y los periódicos etiqueten el abuso como 'pornografía' lo único que hace es poner el énfasis en el proceso de seducción por el que transitaron los menores antes del abuso y hacerlos sentir responsables".

No obstante, los investigadores del CEOP estuvieron conformes con la condena de un hombre de 55 años de Staffordshire. Christopher Stubbings, un pedófilo que acumuló más de 200.000 imágenes y videos de abuso sexual de menores y era el tesorero autoproclamado de una red global de abuso de menores, fue encarcelado por tiempo indefinido para protección del público por el tribunal de Stafford.

Stubbings admitió una serie de cargos de abuso de menores, entre otros, haber agredido indecentemente a un niño menor de 16 años, encargado nuevos videos de abuso de menores y tenencia y distribución de imágenes de abuso sexual de menores.

El juez ordenó que cumpliera una condena mínima de 12 años y medio en prisión, y que no sea liberado automáticamente después de cumplir esta condena hasta que la junta de libertad condicional determine que el riesgo que esta persona representa para el público es aceptable.

Los miembros de su grupo usaron elaborados mecanismos de seguridad para investigar a los miembros de la red con el fin de no ser descubiertos por los organismos de seguridad.

El CEOP coordinó las investigaciones en el Reino Unido y rescató directamente a ocho menores que estaban sufriendo abusos en el Reino Unido, de los cuales había imágenes en esta comunidad pedófila en particular.

Heath Westerman, abogado de la fiscalía de Staffordshire, dijo: "La grave naturaleza del caso, combinada con la complejidad del uso de Internet en todo el mundo, llevó a que se realicen consultas preliminares con los fiscales expertos del Ministerio Público de Staffordshire. Ellos analizaron las pruebas que se habían recabado y decidieron cuáles eran los cargos que se debían imputar a Stubbings. Cuando esto ocurrió, las pruebas contra él eran abrumadoras y lo llevaron a declararse culpable anticipadamente para evitar el juicio por jurado".

**Más allá de las fronteras: actividad internacional**

El trabajo del Centro CEOP se extiende mucho más allá de las fronteras locales y el equipo de Rastreadores en el Exterior del CEOP investiga a ciudadanos del Reino Unido que viven en otros países y son sospechosos de cometer agresiones sexuales contra menores, los que, de no existir este mecanismo, pasarían desapercibidos. Esta tarea ha tenido como resultado el desbaratamiento de muchas actividades delictivas, incluyendo juicios exitosos y menores a salvo.

Este equipo también maneja información relacionada con abusadores de menores del Reino Unido que han sido deportados o extraditados de regreso al Reino Unido luego de ser condenados en el exterior. El equipo garantiza que la información de inteligencia llegue al área



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

que se ocupa de realizar denuncias y evaluaciones sobre dicho delincuente en la comunidad.

También garantiza que se cumplan las órdenes civiles correspondientes para respaldar el proceso administrativo, incluyendo las Órdenes de Notificación, las Órdenes de Prevención de Delitos Sexuales, las Órdenes de Riesgo de Daño Sexual y las Órdenes de Viaje al Exterior.

Además, el CEOP colabora con el Ministerio del Interior en la elaboración de respuestas estratégicas del Reino Unido sobre legislación, convenciones y tratados relacionados con la protección de menores. Esta colaboración llevó recientemente a su participación en la Conferencia sobre Protección de Menores en los Sistemas de Justicia Europeos (Toledo, marzo de 2009) relacionada con la Convención sobre Protección de Menores contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, del Consejo Europeo (CoE), y al trabajo conjunto con la Oficina del Exterior y el Commonwealth (FCO) para apoyar la elaboración de un acuerdo bilateral con las autoridades francesas para compartir información sobre el movimiento transfronterizo de sospechosos de cometer abuso sexual de menores.

Entre las actividades que realiza el Centro, uno de los pilares es estar en contacto regular con la Comisión Europea (EC). El CEOP sigue teniendo un rol activo en el subgrupo Roma-Lyon del G8 que trata asuntos de protección de menores y recientemente desarrolló el directorio de capacitación del G8. Por primera vez, esto facilita el acceso a servicios de capacitación especializada que fomenten la comprensión integral del tema de abuso sexual de menores por parte de los organismos de seguridad de los Estados miembros del G8.

Es muy importante proporcionar capacitación, especialización y asesoría – o desarrollo de capacidades – en el extranjero para poder contrarrestar a los ciudadanos del Reino Unido que viajan al exterior para cometer abuso de menores y/o buscan evadir el estricto régimen aplicado a los abusadores de menores en el Reino Unido. Por ejemplo, el año pasado el CEOP brindó un curso de una semana, por encargo de UNICEF, en Camboya. Más de 100 médicos, oficiales de policía, fiscales y jueces participaron del curso 'Examinación médica forense de menores', que les permitió una mayor profesionalización en la recolección de pruebas y una mayor comprensión de los asuntos de bienestar infantil y mayor sensibilidad este proceso.

**Capacitación**

Las actividades de capacitación para comprender los delitos contra menores no están limitadas únicamente al exterior: para el CEOP es fundamental compartir conocimientos con los profesionales del Reino Unido que trabajan para proteger a los menores contra delitos de abuso sexual y para que los autores de estos delitos sean condenados.

Desde que se creó el CEOP en 2006, casi 8.000 profesionales han atendido a los cursos de capacitación especializada. La mayoría de estos profesionales provienen del ámbito de la justicia penal o la protección de menores, como oficiales de policía, jueces, magistrados, encargados de formular políticas, trabajadores sociales, oficiales de prisión y proveedores de salud. Los eventos de capacitación siguen siendo el método más efectivo del CEOP para compartir información sobre la conducta de los abusadores, sobre cómo tratarlos y sobre la forma de proteger a los menores contra el abuso sexual.

Los cursos de capacitación, que incluyen un Curso Preparatorio para comprender los mecanismos de los abusadores de menores y para interrogar a los abusadores de menores, agregan valor a los servicios disponibles y ofrecen mayor respaldo a los profesionales que trabajan en el área. Los cursos son regularmente actualizados por los equipos de inteligencia mediante el análisis de informes que ingresan al Centro y mediante investigación académica y aportes cualitativos de la Unidad de Análisis de la Conducta del CEOP, con lo cual la información brindada es siempre actual y relevante para los delegados. Algunas fuerzas policiales del Reino Unido ya establecieron la capacitación del CEOP como requisito mínimo para que los oficiales ingresen a las unidades especializadas en la investigación de abuso de menores.

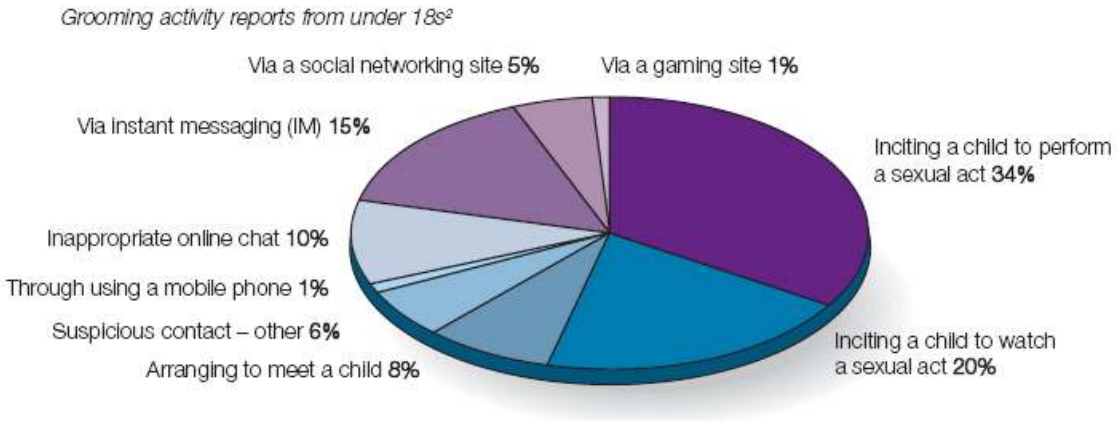
Para mayor información sobre los cursos de capacitación del CEOP o sobre cualquier otra actividad del CEOP, visite www.ceop.police.uk

**Maurine Lewin**, Abogada, Jefa del Departamento Legal del Centro contra la Explotación de Menores y Protección Online (CEOP). Trabajó previamente como Secretaria del Servicio del Tribunal de Magistrados, en donde estuvo a cargo de un amplio rango de procedimientos penales y civiles. Siempre ha tenido interés en la protección de menores y trabajó 9 años en el tribunal especializado de Procedimientos de Familia en Wells Street, Londres.

**12 de enero 2010**CEOP éxito conduce a la independenciaComentario: 'Times Online' que el Secretario del Interior británico anunció que la Explotación Infantil y Protección del Centro se convertiría en un organismo público independiente con más poderes. Es vista como una consecuencia directa de una labor eficaz de la organización en el pasado reciente en la persecución de depredadores sexuales de niños y la educación de los niños y padres sobre los peligros de predators.Times línea de texto completo en línea



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn




| | |
|---|---|
| Grooming activity reports from under 18s | Denuncias de actividad de seducción de jóvenes menores de 18 |
| Via a social networking site 5% | A través de un sitio de red social 5% |
| Via a gaming site 1% | A través de un sitio de juegos cibernéticos 1% |
| Via instant messaging (IM) 15% | A través de mensajes instantáneos (MI) 15% |
| Inappropriate online chat 10% | Conversaciones inadecuadas por Internet (chat) 10% |
| Inciting a child to perform a sexual act 34% | Incitar a un menor a realizar un acto sexual 34% |
| Through using a mobile phone 1% | A través de un teléfono móvil 1% |
| Suspicious contact – other 6% | Contacto sospechoso – otros 6% |
| Arranging to meet a child 8% | Hacer arreglos para encontrarse con un menor 8% |
| Inciting a child to watch a sexual act 20% | Incitar a un menor a observar un acto sexual 20% |

# Educación de jueces en Kabul

Jueza Sonja de Pauw Gerlings-Dohrn

En septiembre de 2008, una delegación de la Red de Mujeres Afganas (AWN, por sus siglas en inglés) viajó a los Países Bajos para asistir a una conferencia sobre la Resolución 1325 de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, la Paz y la Seguridad[1]. Debido a que una de las integrantes de la delegación era una jueza de menores, la delegación se interesó por el enfoque holandés de la delincuencia juvenil. Por esta razón, se organizó una reunión en la Corte de Rotterdam en la cual expuse sobre el sistema penal y civil de Justicia Juvenil en nuestro país.

Después recibí una invitación para dictar un curso de capacitación de una semana en Kabul destinado a jueces que conocen de casos de delincuencia juvenil.

Como tenía que pedir licencia en mi trabajo para viajar a Afganistán, pude hacerlo recién en agosto de 2009. No fue fácil lograr que me cubrieran el costo de los vuelos, pero finalmente los fondos fueron conseguidos. También fue difícil obtener la visa y, como en agosto había elecciones en Afganistán, me recomendaron con insistencia que no viajara. Pero como me hubiera resultado casi imposible viajar en otro momento, decidí ir a Afganistán a pesar de todas las advertencias.

Cuando me encontraba sobrevolando el inmenso territorio de Afganistán me resultó evidente que la comunicación entre las distintas regiones del país es muy difícil, dado que el transporte, salvo el aéreo, presenta muchas dificultades.

Después de aterrizar, no fue fácil sortear las áreas de seguridad y encontrar el automóvil con el conductor de la AWN que me llevaría a la sede de AWN. Yo tenía un número de teléfono y mi GSM funcionaba (!), pero esto resultó ser la primera dificultad planteada por la barrera idiomática.

Durante el viaje en automóvil del aeropuerto a la oficina me sentí sorprendida por la cantidad de medidas de seguridad: guardias por todos lados, muchos bloques de hormigón y kilómetros de alambre de púa.

El plan era que yo me alojara en la casa de una de las integrantes del directorio de AWN, pero como mi Embajada consideró que esto no era seguro, se decidió que durmiese en la sede de AWN. Había una pequeña habitación con una buena cama y había un baño en el corredor, que funcionó muy bien excepto por un día en que se inundó y otro día en que se cortó el agua y sólo pude utilizar un poco de agua fría que había en un balde.

Las mujeres no pueden salir sin compañía masculina, con lo cual yo me encontraba prácticamente como prisionera en la oficina. El edificio estaba custodiado día y noche por uno o dos hombres que también oficiaban de choferes. Todos se comportaban en forma muy amable y se dispuso que yo visitase la Embajada de Holanda y un hogar en el que se alojaban ocho mujeres descastadas/abandonadas con sus hijos (más de 30). También me invitaron a cenar en la casa de la hermana de la presidenta de AWN y a hacer una visita por Kabul.

Durante el resto de la semana (salvo el viernes, que es día libre para todos), me dediqué a dictar el curso. Asistieron 34 jueces, la mitad hombres y la mitad mujeres, de tribunales de distrito y tribunales superiores de Kabul. La jerarquía parecía tener una importancia a la cual yo no estoy acostumbrada y tuve que dar bastantes explicaciones sobre mi cargo y mi posición para que todos se dispusieran a escucharme.

El almuerzo se servía de 12.00 a 13.30. Para los hombres había un excelente servicio de mesa en el hall principal, mientras que para las mujeres había una pequeña mesa con muy pocas sillas en la biblioteca. No obstante, la comida era la misma. El primer día después del almuerzo, los hombres se fueron a la mezquita a orar y para las 13:30 aún no habían regresado. Sin embargo, comencé la sesión de la tarde puntualmente y ellos ingresaron a la sala unos diez minutos tarde. Al día siguiente llegaron a la hora.

Los participantes estaban interesados en conocer el sistema holandés, pero yo los convencí de que

[1] La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad 1325, aprobado por unanimidad en octubre de 2000, es la primera resolución del Consejo de Seguridad que se refiere específicamente al impacto de la guerra en las mujeres y la contribución de las mujeres a la resolución de conflictos y al logro de una paz sustentable.

para ellos era más importante que les proporcionara información sobre el enfoque europeo en general, y eso es lo que hice. Sin embargo, el tema principal fue la CDN. Sólo uno de los jueces (el presidente de la Corte Juvenil de Kabul que había integrado la delegación que visitó los Países Bajos) había oído hablar de la CDN. No tenían ningún conocimiento sobre el informe sobre Afganistán que publicó el Comité de la Convención de la ONU en agosto de 2008.

Yo había bajado este informe antes de ir a Afganistán y por eso se los pude entregar después de hacerlo traducir del inglés al dari. El texto completo de la CDN en dari se encontraba también en la página de Internet de UNICEF, con lo cual pude llevar copias para los jueces a Kabul. Por supuesto, tuvimos que trabajar con un traductor. La mayoría de los días estuvo presente un abogado que estaba muy familiarizado con la terminología legal, pero de todos modos resultó muy difícil comunicarse y sobre todo explicar los temas más delicados.

Las diferencias culturales y generales entre el trabajo en los tribunales de Afganistán y los tribunales occidentales son impresionantes. Por ejemplo, los delitos cometidos después de beber alcohol o consumir drogas reciben un tratamiento muy diferente porque 'el alcohol está prohibido para todos' y 'no hay drogas en Afganistán'. Los abusos sexuales reciben una consideración muy diferente y, debido a que no existe el divorcio, la necesidad de que los niños vean a ambos padres no tiene suficiente consideración.

Se desconoce el uso de la psicología; los jueces no entendían en qué consiste un informe psicológico, y ni mencionar el significado del coeficiente intelectual. Los ejemplos que normalmente uso para dar mis explicaciones no tenían ningún sentido para ellos.

Yo estaba interesada en obtener la mayor información posible sobre la formación y experiencia de los jueces, pero no me resultó fácil. Parecían tener muchas diferencias entre ellos en lo que respecta a formación y experiencia, y según parece, es muy importante para ellos 'aprender en la práctica'. También percibí que hay una brecha demasiado grande entre la ley escrita y la aplicación real de la ley; más de una vez se refirieron a los principios de la Sharía.

Parece casi un milagro que, pese a todos los malentendidos, los participantes mostraran mucha disposición para que la capacitación fuera un éxito.

Finalmente, con la ayuda del Dr. Zurmati Khalid Batoor Hassan, director de LMO, logramos redactar recomendaciones en dari para aplicar la CDN en varios niveles en Afganistán. Otro pequeño logro que creo haber tenido fue el de estimular a los jueces para que asuman la responsabilidad por los resultados de su trabajo personal y para que tomen un enfoque más activo, menos pasivo, ante los tremendos problemas que enfrentan.

Para tener las mejores posibilidades de influenciar las perspectivas de los jueces de Afganistán, creo que además de viajar a Kabul para dar capacitación *in situ*, tenemos que dar apoyo y trabajar en estrecha colaboración con personalidades clave como el Dr. Zurmati Khalid Batoor Hassan.

**Sonja de Pauw Gerlings-Dohrn*** ejerce como Jueza en la Corte Juvenil de Rotterdam. Es consultora sobre nueva legislación y capacita a Jueces y Fiscales en la Universidad Erasmus de Rótterdam.

## Un día en la vida de un juez de familia — Jueza Sophie Ballestrem

**0800**

La jueza llega a su oficina. Lo primero que hace es encargarse de los documentos enviados por la oficina administrativa. Luego de revisar estos documentos, se encarga de las nuevas solicitudes recibidas y de los comentarios/recomendaciones. Luego se examinan y evalúan los documentos en los cuales se solicita ayuda para el pago de costas legales y, si es necesario, se pide a los solicitantes que proporcionen más detalles para corroborar su necesidad de asistencia; también se revisa la apelación a un fallo emitido unos días atrás y se envían transcripciones de los expedientes al Tribunal de Apelaciones.

Aparece el secretario del tribunal con una solicitud que acaba de llegar, en la que se pide alojamiento en una institución segura para una joven de 14 años con intenciones suicidas. A pesar de la necesidad de responder esta solicitud en forma urgente, se posterga provisoriamente la respuesta porque está a punto de comenzar la jornada de procedimientos judiciales.

**0900**

Se trata el pedido de anulación de una unión civil entre dos mujeres. Dado que ambas partes están de acuerdo y no hay otros temas a tratar, se arriba a una sentencia en 15 minutos.

**0920**

Se lleva a cabo un procedimiento de divorcio, que según los contenidos del expediente, debería realizarse sin inconvenientes, aunque se hace inmediatamente notorio que las partes todavía no han dirimido todos los demás asuntos fuera del tribunal. Todavía no se ha realizado la división de algunos bienes de equipamiento doméstico y las partes solicitan que el tribunal se expida sobre este punto. La intención de llegar a un acuerdo amigable fracasa debido a una fuerte discusión en relación con unos cuadros, un juego de té, una aspiradora de lujo y 20 cajas de baldosas que sobraron cuando se construyó la casa. Sigue sin resolverse qué sucederá con la casa, que pertenece a ambas partes en forma indivisa.

El abogado de la esposa muestra un extenso reclamo escrito que el esposo no está dispuesto a tratar y que el tribunal no puede tramitar por falta de tiempo. A los 45 minutos, se levanta la sesión.

**1005**

Las partes y otras personas involucradas en el caso – originalmente programado para las 0940 – ingresan en grupo al tribunal para realizar la división de bienes. La demandante se queja de la demora y dice que se debe retirar en una hora, como máximo, para ir a buscar a su hijo a la guardería.

Se da curso a un reclamo relacionado con el cálculo del aumento en el valor del patrimonio de 20.000 euros de una pareja casada, que se encuentra pendiente de resolución hace un año. Los expedientes del caso ahora constituyen 3 volúmenes de 600 páginas aproximadamente, además de varios documentos legales y muchos anexos, más 2 transcripciones del proceso y las declaraciones de 5 testigos.

En la audiencia del día se encuentra presente el perito que redactó un informe de 150 páginas sobre el valor del consultorio odontológico del demandado al momento de la ruptura del matrimonio, ocurrida el 6 de octubre de 1997.

El demandado no está de acuerdo con las conclusiones del informe; su abogado le hace numerosas preguntas al perito, cuyas respuestas no siempre satisfacen al abogado de la demandante. La demandante es finlandesa y no entiende mucho el idioma alemán, con lo cual es necesario que el intérprete le traduzca todas las explicaciones. A las 1130 finaliza la audiencia con el perito, la demandante abandona la sala del tribunal apresuradamente. El juez discute el resultado de la audiencia con los abogados y el demandado, y propone una conciliación. El demandado acepta, pero el representante de la parte demandante dice que debe consultar a su cliente. El procedimiento finaliza a las 1200.

**1210**

Llamado telefónico a H-Klinik en relación con la solicitud de autorización de alojamiento en una institución segura. Se acuerda que el juez irá a la clínica a más tardar a las 1700 para hablar con el médico a cargo y escuchar a la joven.

**1340**
La oficina administrativa solicita protección legal por actos de violencia.

Unos días atrás, la policía ordenó a un marido violento abandonar el hogar conyugal (dentro de un plazo determinado). El plazo finaliza al día siguiente. Se debe examinar la solicitud y es necesario llegar a una decisión sin demora para que la esposa y los niños estén protegidos. La mujer espera en el pasillo a la espera de una decisión del tribunal.

**1415**
Un niño de 6 años, que se encuentra bajo custodia judicial para su propia protección por resolución del departamento de bienestar de menores, llega al tribunal acompañado por la persona a cargo (del caso) y la enfermera que le asignó el tribunal. El niño debe prestar testimonio, dado que la custodia temporaria que se les asignó a sus padres dos semanas antes con carácter de urgencia (posterior a una orden judicial) está por expirar. El niño es tímido y está asustado, y recién 15 minutos después, con la ayuda de unos autos de juguete, el juez logra tener una conversación de 20 minutos con él.

Cuando el niño se retira del tribunal con la persona a cargo, sus padres, que también deben prestar testimonio, se presentan junto con 2 representantes del departamento de bienestar de menores. Inmediatamente, los padres, que se encuentran levemente ebrios, comienzan a quejarse de que no se les ha permitido ver a su hijo ni una sola vez en el tribunal, alegando que la jueza se oponía porque estaba en contra de ellos. El abogado del padre, que también está presente, pide un receso breve y se retira de la sala del tribunal junto con los padres. Los padres empiezan a discutir a los gritos en el corredor. Luego, los tres regresan a la sala y retiran la objeción presentada anteriormente en la que alegaban prejuicios por parte de la jueza.

Acto seguido, comienza la conversación propiamente dicha con los padres y se los persuade de que necesitan asesoramiento con respecto a su consumo de bebidas alcohólicas. Al mismo tiempo, se programa una reunión con el hijo en compañía de un tercero.

El tribunal ordena que los padres se abstengan de involucrarse en el cuidado y la tutela del menor y solicita al departamento de bienestar de menores que presente un informe al cabo de 8 meses, cuando se contemplará la posibilidad de revertir estas medidas. La audiencia finaliza a las 1600.

**1615**
El abogado de la parte demandante del caso de división de bienes llama por teléfono y dice que su cliente también acepta la sugerencia de conciliación. La jueza se siente complacida.

**1630**
La jueza se dirige a la clínica H - Klinik. En la oficina se siguen acumulando documentos pendientes.

**Jueza Sophie Ballestrem** * es el jefe de una de las dos Divisiones de la Familia de la Corte del Condado en Munich, Alemania

# El sistema de justicia juvenil en Bélgica

Eef Goedseels

## 1. Protección, si pero…

Bélgica se divide en 27 distritos judiciales, cada uno cuenta con sus 27 tribunales de menores. Estos tribunales atienden casos de jóvenes que se encuentran en situaciones problemáticas o que han cometido un delito ('actos tipificados como delitos'). Este aporte se centrará en el tratamiento judicial que se les otorga a los jóvenes que delinquen.

En Bélgica, la división de las jurisdicciones en casos relacionados con delitos juveniles es muy compleja. Aunque los legisladores federales son los que determinan qué medidas puede tomar el juez del tribunal de menores respecto de los jóvenes que delinquen, la aplicación de las mismas está en manos de las comunidades de habla francesa, flamenca y alemana.

Hasta hace poco tiempo, la Ley de Protección al Menor del 8 de abril de 1965 regía los casos de delincuencia juvenil. Con las leyes sancionadas el 15 de mayo y el 13 de junio de 2006 se introdujeron modificaciones sustanciales a esta ley. A partir de ese momento la ley se denomina "Ley de protección al menor, tratamiento de menores que han cometido un acto tipificado como delito y reparación del daño cometido en dicho acto".

La reforma de la ley de protección al menor devino inmediatamente en tema de extenso debate. La ley de 1965 se basaba en la idea de que los delincuentes juveniles no eran responsables de su conducta. Su conducta delictiva era considerada una manifestación de problemas sociales y psicológicos subyacentes. Por lo tanto, las medidas se tomaban de acuerdo a las características del menor en vez de ser proporcionales al delito cometido. La aplicación de la ley despertó fuertes críticas. Además, se identificaron brechas en relación a las áreas de protección legal, a la falta de atención a las víctimas y a la falta de claridad en la percepción de los jóvenes del alcance y las consecuencias de sus actos.

Aunque se alcanzó un acuerdo generalizado respecto de la existencia de estas brechas, no se alcanzó unanimidad respecto de los criterios más apropiados para reformar la ley. Algunos apoyaron un cambio radical respecto del curso adoptado, es decir, abandonar el modelo proteccionista para favorecer un incremento de las garantías legales y dirigirse hacia un modelo (educativo/constructivo) punitivo o a un modelo centrado en la reparación de los daños. Otros estaban a favor de mantener el modelo proteccionista.

Finalmente, la reforma de la ley de protección al menor tomó la forma de un *acuerdo*. Básicamente la decisión consistió en mantener el *modelo proteccionista*, pero además de considerar la personalidad del menor y su entorno, se dispuso que desde ese momento el juez del tribunal de menores debía también tener en cuenta —de conformidad con la ley— la gravedad de los actos y/o las consecuencias para el orden público. También se reconoció el rol central de la víctima y la ley dispone que siempre se realice una *oferta restaurativa*. La *idea de protección, de reflexión sobre los términos de la reparación, de los componentes criminales, de las garantías legales y de los derechos del menor*, todos estos elementos están presentes en la nueva ley de protección al menor…

## 2. Estadísticas

Hasta ahora, Bélgica contaba realmente con pocas cifras confiables respecto del número de jóvenes con antecedentes policiales y/o judiciales por cometer delitos.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

Sin embargo, desde el 2003 el Instituto Nacional de Criminalística y Criminología (INCC, por sus siglas en francés) conduce, a pedido del Ministro de Justicia, un proyecto de investigación que tiene como objetivo principal elaborar un registro confiable y unificado de la información judicial que llega a las fiscalías y a los registros del sistema de justicia juvenil. Más específicamente, este proyecto aplica un enfoque integral para mejorar los sistemas de registro de las fiscalías, de modo que la información que ingrese dentro del marco del proceso administrativo de los casos pueda ser utilizada por igual para propósitos científicos, estadísticos o políticos (para más información consulte http://www.incc.fgov.be)

Luego de revisar las primeras cifras confiables de casos registrados por las oficinas de la fiscalía de menores en el 2005[1], se puede concluir lo siguiente:

- en el 2005, se derivaron un total de *82.305 casos* a 23 de las 27 oficinas de la fiscalía de menores[2]; estos casos involucran a 66.342 menores;
- un poco más de la mitad de estos casos (55,1%) implicaban un delito. Los otros casos (44,9%) se trataban de situaciones problemáticas;
- si consideramos sólo los *delitos,* en el 2005 hubo 45.722 casos denunciados;
- una comparación prudente de la información disponible de los años 1968, 1975, 1981 y 1987 muestra que los delitos reportados *no han aumentado,* ni en términos absolutos ni en la proporción de la cantidad de casos denunciados. Por otro lado, ha habido un aumento en la cantidad de situaciones problemáticas informadas;
- el 42,7% de los delitos denunciados involucran *delitos contra la propiedad*, se trata fundamentalmente de robos (hurto) y extorsiones;
- además, se han derivado casos de jóvenes a un fiscal de menores por *violencia contra personas* (17,8%), básicamente por ataques y violencia física;
- aparte de los delitos contra la propiedad y violencia contra personas, las fiscalías públicas también reciben casos de jóvenes por *infracciones de tráfico* (14,4%), *violación de la legislación de narcóticos* (11,3%) *seguridad pública* (10,2%) y una pequeña cantidad *de otras infracciones o delitos* (3,6%);
- los *delitos graves,* como homicidio, asesinato o intento de asesinato son muy raros: en el 2005, representaron el 0,08% del total de los casos denunciados;
- en total, *38.747 menores* estuvieron involucrados en los delitos denunciados. En relación a la población total de menores, representan 55 por cada 1.000 menores de entre 12 y 18 años. En otras palabras, para aproximadamente el 5,5% de los menores de entre 12 y 18 años, se denunció (al menos) un delito al servicio de Fiscalía de Menores en el 2005. Aproximadamente el 95% de los menores de 12 años o más no se ha visto involucrado en ningún delito;
- como se suponía, cerca del 80% de los casos de menores derivados a un fiscal de menores por delitos en el 2005 eran *varones*;
- las cifras registradas muestran un aumento notable en el número de casos registrados que involucran a menores de alrededor de 12 años de edad, con un pico en las mujeres de aproximadamente 15 años y en los varones de 16 años, con seguridad en casos relacionados a crímenes contra la propiedad y contra personas.

### 3. Categorías de edad

En Bélgica, se considera menor a cualquier persona *de menos de 18 años*. Por debajo de esta edad, la ley considera al menor como persona incapaz. No existe (de manera explícita) distinción entre niños, adolescentes y jóvenes adultos.

Sin embargo, es verdad que cuando un menor comete un acto delictivo *antes de los 12 años,* se asume que se encuentra en una situación problemática y que necesita protección adicional. Para los niños de menos de 12 años, sólo se puede aplicar una cantidad limitada de medidas. Se pueden tomar sólo medidas de reprimenda, como por ejemplo, colocarlos bajo la vigilancia de los servicios sociales o bajo la tutela de un referente educador (ver más abajo).

Si un joven comete un delito *entre los 16 y los 18 años de edad* y el juez del tribunal de menores considera que la medida de protección ya no es apropiada, puede decidir renunciar a la jurisdicción y encomendar a la persona a una cámara especial dentro del tribunal de menores. En estos casos, se aplica la legislación penal (para adultos). Cuando se trata de delitos graves, el joven es derivado al tribunal de menores para delitos graves (*cour d'assises*). El juez del tribunal de menores no puede renunciar a la jurisdicción si el joven ha cometido un delito grave o ya ha sido sujeto a una medida de protección, y en ese caso sólo puede hacerlo después de solicitar una investigación social detallada y una examen médico/psicológico.

[1] La información registrada con respecto a los archivos de casos recibidos por las oficinas de la fiscalía de menores durante los años 2006, 2007, 2008 y 2009 están sujetas actualmente a un análisis en profundidad.

[2] Los registros de 4 de las oficinas de fiscalía de menores no eran suficientemente confiables.

Los menores de entre *16 y 18 años de edad* que cometen *infracciones de tráfico*, son derivados por igual a los tribunales penales ordinarios—en este caso, el tribunal policial.

Las medidas de protección al menor sólo se pueden aplicar si los delitos fueron cometidos antes de los 18 años. Del mismo modo, estas medidas finalizan típicamente cuando el menor alcanza la edad de 18 años. En casos excepcionales, las medidas pueden ser aplicadas hasta *la edad de 20 años* o pueden ser

**4. Intervenciones posibles**

**4.1. Oficina de Fiscalía de Menores**

Cuando el caso llega a la oficina de Fiscalía de Menores, el fiscal puede optar por la *no acusación* o por la *presentación del caso ante un tribunal de menores*. Además, los fiscales disponen de un número limitado de medidas que pueden aplicar, tales como una carta de advertencia, una citación de advertencia (para recordar las disposiciones de la ley), una propuesta de mediación u ofrecer un curso para padres.

*Carta de advertencia o citación de advertencia*

Cuando un acto delictivo no es lo suficientemente grave como para presentarlo ante un tribunal de menores pero el fiscal desea indicarle claramente al joven que su comportamiento no será tolerado, puede enviarle una *carta* de advertencia. También puede realizar una advertencia oral al menor y a sus padres, citándolos y llamándoles la atención respecto de sus obligaciones legales y de los riesgos que corren. En este caso, será una *citación* de advertencia (para recordar las disposiciones de la ley). Ambas medidas, la carta de advertencia y la citación para recordar la ley, significan que el caso no irá a juicio pero que, no obstante, ha generado una reacción.

*Mediación de reparación*

El fiscal puede proponer una mediación. Sólo puede realizar esta propuesta si (1) la víctima ha sido identificada, y (2) los participantes de la mediación han declarado expresamente su acuerdo y continúan estando de acuerdo con él durante toda la mediación. Una mediación de reparación puede definirse como un proceso de comunicación voluntaria entre el menor, sus padres y los individuos afectados, que es supervisado por una tercera parte imparcial, que intenta revertir las consecuencias materiales y emocionales del acto cometido. Cuando un caso se presenta ante el juez del tribunal de menores sin previa mediación, las bases que se han tomado para tomar tal decisión deben ser expresamente manifestadas. En otras palabras, el fiscal debe considerar siempre la mediación antes de derivar el caso a un tribunal de menores. Si el proceso de mediación consigue obtener resultados favorables, el fiscal tiene libertad para decidir que el caso no vaya a juicio o para presentar el mismo ante el tribunal de menores.

*Curso para padres*

El fiscal puede proponer a aquellos padres que evidencian un ostensible "desinterés" por la conducta delictiva de sus hijos que tomen un curso para padres. Los cursos tienen como objetivo concientizar a los padres respecto de las conductas criminales de sus hijos y estimular su sentido de responsabilidad. Dada la desafortunada palabra utilizada en la nueva ley de protección al menor cuando define las condiciones del curso para padres (el hecho de "*que evidencien un ostensible desinterés...*"), la medida no ha resultado exitosa hasta la fecha.

**4.2. Tribunal de menores**

En Bélgica, los procedimientos ante el tribunal de menores se llevan a cabo en dos fases: la fase investigativa y la fase definitiva (ver gráfico en el anexo).

La fase investigativa está diseñada principalmente para permitir al juez del tribunal de menores realizar una investigación social de las *condiciones de vida y de la personalidad del menor.* De ser necesario, el juez del tribunal de menores puede, durante la fase preparatoria, recomendar una mediación de reparación o aplicar cualquiera de las siguientes medidas provisorias:

- permitirle al menor permanecer en *su entorno,* el juez puede eventualmente agregar algunas *condiciones complementarias* (por ej. asistir a la escuela regularmente, completar un proyecto de aprendizaje, realizar servicio a la comunidad (como máximo 30 horas), realizar trabajo pago, arresto domiciliario, la prohibición de reunirse con determinadas personas o ir a determinados lugares, etc.);
- *ubicar* al joven.
  - con una persona confiable (por ej. abuelos) o en una institución adecuada,
  - en una institución pública (abierta/cerrada),
  - en un hospital, en un centro de tratamiento especializado en adicciones o en servicios de psiquiatría para niños,
  - en el centro federal de puertas cerradas de Everberg (custodia preventiva)[3].

Durante la fase investigativa, sólo se pueden aplicar las *medidas de custodia o investigación*. En otras palabras, el único objetivo de la intervención del juez del tribunal de menores

[3] El centro federal de puertas cerradas sólo puede recibir menores de 14 años o más que hayan cometido delitos graves y en caso de falta de espacio, en una institución pública de la comunidad. Sólo pueden permanecer allí por un período máximo de 2 meses y 5 días.

durante la fase investigativa es la protección del menor o de la sociedad o el desarrollo apropiado de la investigación social.

Una vez que finaliza la fase investigativa —que puede durar cómo máximo seis meses— el juez del tribunal de menores envía el archivo del caso al fiscal, que puede decidir si deriva el caso a juicio es decir, ante el tribunal para obtener una sentencia definitiva, o no. Esta decisión debe tomarse dentro de un período de dos meses.

Durante la fase definitiva, el juez del tribunal de menores debe pronunciarse respecto de la culpabilidad. Si no hay absolución, puede elegir alguna o algunas de las siguientes posibilidades:

1. una *oferta restaurativa* (una mediación de reparación o conferencia de grupo familiar),
2. un *proyecto escrito* directamente producido por el menor,
3. un *curso para padres,*
4. un medida comunitaria (que puede estar acompañada de condiciones),

- una reprimenda,
- vigilancia de los servicios sociales,
- apoyo educacional intensivo,
- servicio educacional y comunitario (máximo 150 horas),
- tratamiento en la comunidad,

5 una *medida institucional:*

- ubicar al menor junto a una persona legal para que ejerza una influencia positiva,
- ubicar al menor junto a una persona confiable o en una institución adecuada,
- ubicar al menor en una institución pública (abierta/cerrada),
- ubicar al menor en un hospital, en un centro de tratamiento especializado en adicciones o en servicios de psiquiatría para niños,
- poner al menor bajo libertad condicional junto a la obligación de realizar servicio comunitario,

*6 transferir el caso a la cámara especial (exención) (*ver más arriba).

El "principio de subsidiariedad" está incluido expresamente en la ley. En términos concretos, esto significa que siempre es preferible una oferta restaurativa antes que la aplicación de cualquier tipo de medida y que es apropiado abordar la viabilidad de un proyecto escrito. Las medidas comunitarias prevalecen sobre las medidas de reclusión y ubicar al menor en una unidad abierta es siempre preferible a ubicar al menor en una unidad cerrada.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que los legisladores han declarado expresamente que el juez, antes de tomar su decisión, debe evaluar hasta qué punto están disponibles los recursos para las medidas que está considerando. Esto puede dificultar el "principio de subsidiariedad" y puede significar que el juez del tribunal de menores no siempre esté en posición de aplicar la medida más apropiada.

**5. Situación legal del menor**

La reforma de la ley también tiene como objetivo mejorar la protección de los derechos del menor.

Intenta limitar el *criterio de discrecionalidad extensiva* previamente permitido al juez del tribunal de menores. Además de un *principio de jerarquía de las medidas* ("el principio de subsidiariedad"), la ley menciona una *serie de criterios de decisión* (tales como la personalidad del menor y el grado de madurez, su entorno, la gravedad de los hechos, medidas previas, seguridad pública y seguridad, etc.) que el juez del tribunal de menores debe tener en cuenta en su decisión. El juez del tribunal de menores también está sujeto a una *obligación especial de motivación.* En términos concretos, esto significa que siempre debe elegir la medida menos severa y justificar tal elección en detalle siguiendo una serie de criterios establecidos. Con esto se busca generar en principio, una mayor transparencia y por la tanto, una mayor seguridad legal para el menor.

La ley también condiciona la *institucionalización,* ya sea en una institución pública o en un centro de detención federal, a una serie de medidas suplementarias que están mayormente relacionadas a la edad y a la gravedad del delito. Cuando se adopta una medida de institucionalización, el juez del tribunal de menores debe indicar de manera explícita si será en una unidad abierta o cerrada. Debe además, determinar la duración máxima de dicha medida y por último, él es responsable de llevar a cabo una revisión de las medidas con determinada frecuencia (dentro del año).

Dentro del contexto de la reforma, los legisladores también han elegido limitar y definir rigurosamente las competencias del servicio de fiscalía con miras a volver a llevar el principio de *presunción de inocencia* a un lugar central en la tarea del fiscal. Por otro lado, la presunción de inocencia al nivel del tribunal de menores no está garantizada porque el servicio a la comunidad sigue siendo una posible medida investigativa antes de que se determine la culpabilidad del menor.

**6. Desarrollo futuro**

El resultado de la reforma es un modelo muy híbrido con objetivos muy diversificados. A pesar de las disposiciones de la ley destinadas a limitar el alto grado de discrecionalidad que gozan los jueces del tribunal de menores, todavía conservan un margen significativo de libertad.

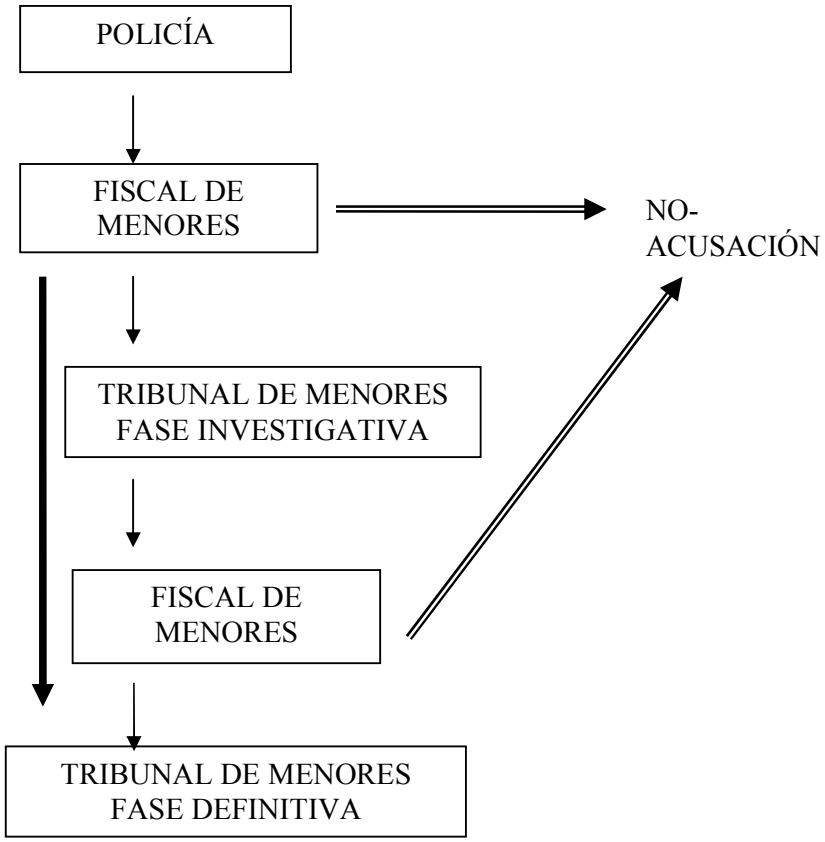
Por esta razón, a pesar de que la ley menciona una serie de criterios que el juez del tribunal de menores debe considerar al momento de emitir su sentencia (tales como la personalidad del menor y el grado de madurez, su entorno, la gravedad de los hechos, medidas previas, seguridad pública y seguridad, etc.) no establece ninguna jerarquía para la aplicación de estos criterios. Un tribunal de menores hará prevalecer la seguridad pública mientras otro pondrá el énfasis en la gravedad de los hechos y otro en la personalidad del menor. Un tribunal de menores continuará priorizando el modelo proteccionista mientras otro guiará su decisión con miras al modelo punitivo o al enfoque centrado en la reparación. En consecuencia, no son los legisladores sino los jueces de los tribunales de menores quienes determinan el propósito de la acción judicial.

A partir de ahora, mucho dependerá no sólo del punto de vista del juez del tribunal de menores sino también de los recursos disponibles y de las decisiones políticas, tanto a nivel federal como comunitario.

El futuro dirá cómo se aplicará la nueva ley de protección al menor en la práctica y cuáles serán los objetivos prioritarios.

**Eef Goedseels** es un investigador en el Departamento de Criminología en el Instituto Nacional Belga de Ciencias Forenses y Criminología (CCI). NICC es un instituto nacional de investigación que trabaja bajo la autoridad del Ministro de Justicia (www.INCC.fgov.be). Ella es también un investigador junior afiliado a la Universidad Católica de Lovaina.

ANEXO 1



# Justicia juvenil en Estados Unidos: — una reseña general

Juez Leonard Edwards (retirado)

**1 Los comienzos**

El primer tribunal de menores se creó en Chicago, Illinois, en 1899. Este tribunal de menores fue creado con el fin de reinsertar en la sociedad a los jóvenes en conflicto con la ley y proteger a los menores en general. Su creación reflejó el reconocimiento de que los menores son distintos a las personas adultas, de que son seres en desarrollo que necesitan tratamientos y cuidados diferentes que los adultos. Para muchas personas, este tribunal se creó como reacción al hecho de que los menores eran tratados como adultos en el sistema de justicia penal.

La doctrina que justifica la intervención del Estado en nombre de los menores es la de *parens patriae*, el Estado como responsable de los niños. Según esta doctrina, cuando el progenitor no cumple con sus obligaciones, el Estado tiene la facultad de sustituirlo, actuando en nombre del menor y de la comunidad. La legislación de Illinois originalmente contemplaba dos estrategias para abordar los casos de menores que ingresaban a la jurisdicción del tribunal de menores: asistir a los padres para que pudieran criar al menor en su propia casa o trasladar al menor desde su hogar a un entorno más favorable. El objetivo es el mismo en los dos casos: garantizarle al menor una crianza adecuada.

La legislación que dio lugar a la creación de los tribunales de menores introdujo una filosofía diferente de aquella que regía la actividad de los tribunales penales. La justicia penal apunta a imponer un castigo, mientras que la justicia juvenil apunta a la reinserción de los jóvenes en conflicto con la ley, a la restitución a las víctimas de delitos y a la posibilidad de garantizar un entorno sano al menor para que tenga la oportunidad de llevar una vida productiva.

Es decir que la filosofía que rige las decisiones de los tribunales de menores reconoce que los menores son seres en desarrollo, que todavía no han madurado y por lo tanto tienen la capacidad de reorientar su conducta hacia un estilo de vida socialmente productivo.

En sus inicios, el tribunal de menores no era una institución formal. Los jueces de menores se reunían con los menores y sus familias en espacios informales. Raras veces se contaba con la presencia de abogados. En su lugar, el juez realizaba sus intervenciones basándose en los informes de los funcionarios de libertad condicional y de los trabajadores sociales. Por otro lado, no se discutían los derechos u obligaciones del menor, ya que uno de los principios rectores de la justicia juvenil era que debía centrarse en las necesidades del menor y no en los aspectos legales del caso.

El tribunal de menores fue una medida que contó con gran aprobación pública. Después de su creación en 1899, los tribunales de menores se propagaron rápidamente a lo largo de Estados Unidos. Hoy en día, los 50 estados y el Distrito de Columbia cuentan con tribunales de menores dentro de su sistema judicial.

**2 El tribunal de menores**

El tribunal de menores representa una pequeña parte del Poder Judicial de cada estado. Además de los casos de justicia juvenil, el Poder Judicial atiende diversos tipos de casos, ya sean civiles, penales, de libertad condicional, de familia o de tráfico. Aproximadamente el 5% del trabajo de cada sistema judicial está relacionado con casos de menores. En un tribunal rural donde un solo juez se ocupa de todos los casos, es posible que se dedique a casos de justicia juvenil durante una hora o dos por semana. En un tribunal urbano es posible que haya un equipo de funcionarios judiciales designados para tratar específicamente casos de menores. En Los Angeles, por ejemplo, hay más de 50 funcionarios judiciales que se dedican exclusivamente a tratar casos de justicia juvenil.

Los tribunales de menores en Estados Unidos reciben varios tipos de casos: delincuencia juvenil, faltas o infracciones legales simples (*status offenses*), y dependencia juvenil o protección de menores. Los casos de delincuencia juvenil son aquellos que implican un incumplimiento del código penal por parte de un menor. Las faltas o infracciones legales simples implican un incumplimiento de la ley, pero no de la legislación penal.

Se trata de acciones que representan una violación de la ley si las realiza un menor, pero no si las realiza un adulto, como el ausentismo escolar sin autorización de los padres, estar fuera del control parental, escaparse del hogar y las violaciones del toque de queda (menores sin compañía de adulto en espacios públicos entre las 11 p.m. y las 5 a.m.). La tercera categoría está constituída por los casos de dependencia juvenil o protección de menores. Estos casos implican la intervención estatal en nombre del menor que ha sufrido un abuso o abandono. En este trabajo hablaremos solamente de los casos de delincuencia juvenil.

La legislación que determina el tratamiento judicial de los menores emana principalmente de las legislaturas estaduales. Cada estado tiene su propio código de menores, y aunque cada código contiene detalles distintos, todos comparten ciertos atributos comunes. El gobierno federal no ha sancionado ninguna ley importante con respecto al funcionamiento de los tribunales de menores. El Congreso nacional ha destinado fondos para correccionales de menores y para la administración de la justicia juvenil en general, pero estos fondos normalmente no representan ninguna mejora para los tribunales de menores. El Congreso ha puesto condiciones en cuanto al otorgamiento de estos fondos: los tribunales de menores no están facultados para encarcelar a personas menores en lugares comunes con adultos y tampoco están facultados para encarcelar a menores que han cometido faltas o infracciones legales simples

Por otro lado, la Corte Suprema de Estados Unidos ha tomado varias decisiones importantes que afectan al sistema de justicia juvenil. El más importante de estos casos es In re Gault (1967) 387 U.S. 1. En el caso Gault, la Corte Suprema dictaminó que antes de que un estado pueda tomar jurisdicción sobre un menor y retirarlo del cuidado de sus padres, dicho menor tiene derecho a ciertos derechos constitucionales, como:

1. El derecho a recibir notificación sobre los cargos imputados al menor y a sus padres.

2. El derecho a que se le asigne un defensor.

3. El derecho a ver a los testigos que lo acusan y a escuchar su acusación.

4. El derecho a guardar silencio (derecho a no declarar contra si mismo).

Uno de los efectos del caso Gault ha sido que a partir de ese fallo los tribunales de menores se parezcan más a los tribunales penales de adultos. El caso Gault puso fin a la informalidad en los procesos de menores e introdujo el proceso adversarial acusatorio en los tribunales de menores.

**3 Criminalización de los Tribunales de Menores.**

Una tendencia significativa en el derecho judicial juvenil durante los últimos 25 años ha sido criminalizar a criminalizar a estos tribunales. Esto se refleja en diversas áreas.

En primer lugar, el fiscal público se ha convertido en parte integrante de todos los procesos llevados a cabo en los tribunales de menores. Antes del caso Gault, eran pocas las veces en que un fiscal participaba de estos procesos.

En segundo lugar, muchos estados han facilitado que un menor acusado de un delito sea transferido o derivado a un tribunal penal de adultos. Estas transferencias se pueden realizar de distintas maneras. La legislatura estatal puede sancionar una ley que establezca que todas las personas que cometen un delito desde los 16 años en adelante serán procesadas en un tribunal penal de adultos. Esto es lo que denominamos derivación o dispensa legislativa (*legislative waiver*). La legislatura también puede sancionar una ley que establezca que el fiscal está facultado para presentar cargos contra un menor de 15 o 16 años directamente ante un tribunal penal de adultos. En general la legislatura limita esta facultad de "acusación directa" a aquellos casos en los que se sospecha que el menor cometió un delito grave. El tribunal de menores también puede transferir menores a un tribunal de adultos luego de realizar una audiencia de transferencia o derivación. En algunos estados, una gran cantidad de jóvenes de 15, 16 y 17 años son procesados en tribunales penales de adultos.

En tercer lugar, en muchos estados los casos del tribunal de menores y sus expedientes están abiertos al público. En el tribunal de menores original los casos de menores eran confidenciales porque los legisladores creían que esto aumentaba las posibilidades de que el menor se reintegrase a la sociedad. En los últimos 25 años, algunas legislaturas y tribunales de menores abrieron las audiencias al público creyendo que esto aumentaría la noción del joven acerca de la responsabilidad de sus propios actos. Una ventaja de abrir las audiencias fue que esto logró disipar la sensación por parte del público y de los medios de comunicación de que el tribunal de menores fuese un tribunal secreto que estaba violando los derechos de los menores o, por el contrario, fuese secretamente "blando en sus castigos respecto de los delitos cometidos por menores". Al abrir el tribunal de menores y al poner los expedientes a disposición del público, dichas acusaciones ya no han resultado posibles.

En cuarto y último lugar, en algunos estados un cargo probado en el tribunal de menores puede ser utilizado como agravante de la pena si el menor es luego condenado como adulto por un delito.

No obstante, debemos tener en cuenta que el delito juvenil es distinto ahora en el siglo XXI de lo que era cuando se crearon los tribunales de menores hace más de 100 años. Hoy en día los jóvenes cometen delitos a una edad cada vez más temprana, es más fácil para ellos conseguir armas y las pandillas callejeras se han tornado más sofisticadas que nunca.

Sólo en un sentido la legislación de menores se ha movido en la dirección opuesta. En el caso Roper vs Simmons (2005) 543 U.S. 551, la Corte Suprema declaró que ningún estado puede ejecutar a un menor (de 17 años o menos) por ningún delito. La mayoría de los estados ya había prohibido la sentencia de pena de muerte para personas menores de 18, pero algunos estados tenían leyes que permitían hacerlo. El fallo de la Corte Suprema reconoció que los menores son seres en desarrollo, que no han madurado completamente y que no tienen plena conciencia de las consecuencias de sus actos.

**4 El juez en los tribunales de menores**

En algunos estados el juez del tribunal de menores tiene la misma jerarquía que otros jueces, y en otros estados el tribunal de menores es un tribunal separado, de menor jerarquía en la pirámide judicial. En la mayoría de los estados existen funcionarios judiciales subordinados que llevan a cabo una parte o la totalidad del trabajo de los tribunales de menores. Estos funcionarios judiciales subordinados llevan el nombre de magistrados, comisionados, referís y otros títulos similares que reflejan el hecho de que son empleados del tribunal, contratados para realizar tareas judiciales específicas. Muchos expertos en derecho judicial juvenil recomiendan que los casos de menores sean tratados exclusivamente por jueces de tribunales de menores y que éstos tengan la misma jerarquía que todos los demás jueces del tribunal.

El juez de un tribunal de menores tiene un rol muy distinto que el de los demás jueces del poder judicial. El juez de un tribunal de menores no sólo se ocupa específicamente de los casos, sino que muchas veces está a cargo de tareas administrativas como la dirección del departamento de libertad condicional de menores, el centro de detención juvenil y centros de rehabilitación juvenil. Además, el juez de un tribunal de menores está muy expuesto en las comunidades, dado que su tarea reside en detectar y dar a conocer las necesidades de los jóvenes más vulnerables y con mayor riesgo en la comunidad y pedir la participación de la comunidad en los programas de rehabilitación. El juez del tribunal de menores en muchos casos es visto como el defensor o representante de estos jóvenes, ya que trata de conseguir recursos para mejorar los programas que se les brindan y para lograr mayor participación de la comunidad para resolver sus conflictos.

En Estados Unidos, el rol del juez en los tribunales de menores es especialmente importante porque el poder judicial es un área independiente del gobierno. El Poder Judicial no responde al Poder Ejecutivo ni al Poder Legislativo, sino que tiene igual jerarquía. Por esta razón, el juez de un tribunal de menores tiene mayor autoridad para convocar a los miembros de la comunidad para discutir temas relacionados con la rehabilitación de jóvenes en conflicto con la ley, para iniciar modificaciones en la estructura judicial y para hacer de vocero de los jóvenes que comparecen ante el tribunal. Esta autoridad hace que el juez del tribunal de menores sea potencialmente el funcionario público más importante en relación con los menores que delinquen y los jóvenes en riesgo.

**5 Un caso típico**

Un típico caso de estudio puede mostrar con más claridad cómo funciona el sistema judicial en Estados Unidos. Tres menores irrumpen en un edificio para robar alimentos y bebidas alcohólicas. Son atrapados mientras se encuentran en la tienda porque un vigilante nocturno llama a la policía. Cuando los agentes de policía llegan al lugar del hecho tienen varias opciones. Una de ellas es arrestar a los jóvenes y llevarlos a un centro de detención juvenil, otra es citarlos para comparecer frente a un funcionario de libertad condicional (en general dentro del plazo de unas semanas o unos meses), o pueden hacerles una advertencia y dejarlos ir. La mayoría de los jóvenes que son atrapados por la policía *in fraganti* quedan en libertad con una advertencia o con una orden de comparecer frente a un funcionario de libertad condicional.

Pero en este caso los cargos son graves, con lo cual los jóvenes son arrestados y trasladados a un centro de detención, donde quedan bajo custodia del departamento de libertad condicional. El rol del funcionario de libertad condicional en este punto es investigar las circunstancias individuales de cada joven y decidir quién debe quedar detenido y quién debe ser liberado y entregado a sus padres hasta que el departamento de libertad condicional o el fiscal tomen nuevas medidas. Cada joven será liberado o detenido en el centro de detención en función de la edad, los contactos previos con el sistema de justicia juvenil, la actitud, la cooperación de sus padres y de otros familiares, y otros factores. Si es liberado, es posible que se le impongan condiciones. Es posible que se le ordene estar bajo la supervisión de un adulto las 24 horas del día, o mantenerse alejado de los demás jóvenes que participaron del delito, o visitar al funcionario de libertad condicional todos los días o una vez por semana, o se le puede colocar un dispositivo

de monitoreo electrónico que informará al funcionario de libertad condicional cuál es su ubicación geográfica en todo momento.

El funcionario de libertad condicional tiene una opción adicional: cerrar el caso sin presentar cargos. Esta opción permite que el funcionario le ofrezca al joven la oportunidad de realizar servicios comunitarios, cumplir la ley y asistir a la escuela, por ejemplo, durante un período de seis meses o un año. Si el joven cumple satisfactoriamente con las condiciones del acuerdo durante el período determinado, no se presentarán cargos.

Esta forma de resolución del caso es una de las llamadas medidas alternativas.

Si un joven es detenido, la ley exige que se presenten los cargos a la brevedad (en general dentro de las 24 o 48 horas) y que se realice una audiencia judicial (una audiencia de detención) en general dentro de un plazo adicional de las 24 horas hábiles (sin contar los feriados). Sin embargo, antes de que se realice una audiencia el fiscal debe decidir si se presentarán cargos. En la mayoría de los casos, si hay suficientes pruebas, el fiscal decidirá presentar cargos que sean consistentes con los hechos comprobables del caso. No obstante, algunas leyes estaduales permiten que el fiscal demore o suspenda la presentación de cargos bajo la condición de que el joven participe de algún programa de rehabilitación. Esta facultad es similar a la que tiene el funcionario de libertad condicional de resolver el caso informalmente mediante la inclusión del joven en un programa alternativo.

Si el fiscal presenta cargos, un joven arrestado el lunes deberá comparecer ante el tribunal esa misma semana, probablemente el martes, miércoles o jueves. En la audiencia se le asignaría al joven un abogado (en general un defensor público) y sus padres estarían presentes, así como el funcionario de libertad condicional y el fiscal. El funcionario judicial examinaría las pruebas presentadas y decidiría si es necesario que el joven quede detenido hasta que se realicen la indagación o la audiencia pública, en general dentro de los 30 días siguientes a la audiencia de detención. Nuevamente, el funcionario judicial tendría la posibilidad de liberar al joven con condiciones similares a las que puede imponer el funcionario de libertad condicional.

La mayoría de los casos se resuelven con una admisión por parte del menor, de modo que no es necesario realizar un juicio. No obstante, el joven tiene derecho a juicio y tiene derecho a que se cumplan todas las garantías constitucionales correspondientes durante dicho juicio (según se indica en el caso Gault). El funcionario judicial deberá decidir si los cargos han sido comprobados fuera de toda duda razonable, es decir, utilizando el criterio de prueba de los tribunales penales de adultos.

Si los cargos han sido comprobados, la etapa siguiente es la audiencia de resolución, instancia en la cual el funcionario judicial decide dónde vivirá el menor y bajo qué condiciones legales. Esta audiencia es una instancia crítica ya que está centrada en las necesidades individuales del joven y con suerte tendrá como resultado su inserción en programas que le permitirán dejar de lado su conducta delictiva y empezar a ser un miembro productivo de la comunidad. El funcionario de libertad condicional preparará un informe para que sea leído por el funcionario judicial y otros funcionarios, el cual incluirá una serie de recomendaciones relativas a la futura ubicación del joven y a los programas en los cuales debería participar. Todos los participantes de la audiencia tendrán derecho a opinar sobre estas recomendaciones, incluyendo cualquier víctima del delito que decida participar de esta instancia. Luego el funcionario judicial tomará una decisión, asignará una ubicación al joven y establecerá en qué programas deberá participar. Si el joven ha cometido daños a la propiedad o ha generado gastos hospitalarios, es posible que se le ordene la restitución monetaria a la víctima. También es posible que se establezcan requisitos relativos a la participación de los padres en los programas para que acompañen el proceso de rehabilitación, aunque es posible que algunos padres se nieguen a participar, en la creencia de que el problema es responsabilidad del joven y no de ellos.

**6 Algunos datos y cifras**

En Estados Unidos se encarcela a más jóvenes que en ningún otro país del mundo. Más de 500.000 jóvenes son encarcelados por año, y todos los días más de 125.000 jóvenes quedan detenidos en comisarías, cárceles y centros de detención.

En Estados Unidos también se encarcela a una mayor cantidad de jóvenes pertenecientes a minorías sociales en comparación con la cantidad de menores caucásicos detenidos. Por ejemplo, los afroamericanos constituyen aproximadamente el 12% de la población del país, y sin embargo el porcentaje de afroamericanos encarcelados supera el doble de dicha cifra. Asimismo, hay una mayor representación de jóvenes indígenas en las prisiones y cárceles juveniles.

Aunque hay mayor representación masculina en el sistema de justicia juvenil, cada vez más mujeres ingresan al tribunal de menores. La delincuencia de mujeres ha aumentado 83% durante los últimos 10 años. La mayor presencia de mujeres en el sistema de justicia juvenil conlleva una serie de problemáticas especiales

como los cuidados de salud y la necesidad de servicios específicos al género.

**7 Tendencias recientes**

Los tribunales de menores en Estados Unidos han cambiado mucho en los últimos años. Entre los nuevos desarrollos figura la introducción de secciones especializadas o tribunales de resolución de conflictos. Estos son tribunales que se ocupan específicamente de jóvenes que abusan de sustancias (tribunales juveniles de drogas), menores con problemas de salud mental (tribunales juveniles de salud mental), menores con problemas de violencia doméstica y familiar (tribunales juveniles de violencia familiar), jóvenes con posesión de armas (tribunales juveniles de armas) y tribunales similares que se ocupan de los problemas específicos que llevaron al joven a la atención de las autoridades. Estos tribunales fueron creados por jueces de instrucción de todo el país y se han extendido rápidamente durante los últimos 10 años. La mayoría de ellos han sido evaluados y se comprobó su eficacia.

Otro nuevo procedimiento del tribunal es el aplazamiento de la sentencia[1]. Dentro de este esquema legislativo, el joven admite su conducta delictiva ante el tribunal, pero luego se le concede un plazo de un año para demostrar que puede mantenerse alejado del delito y cumplir las condiciones del tribunal. Si logra hacer esto, el tribunal desestima todos los cargos y retira el caso de los antecedentes penales del joven. Este procedimiento también ha sido evaluado y se ha comprobado su eficacia.

Uno de los desarrollos más positivos fue la redacción e implementación del libro Líneas Directrices_para el Tratamiento Judicial de la Delincuencia Juvenil: cómo Mejorar las Prácticas Judiciales en Casos de Delincuencia Juvenil, publicado por el Consejo Nacional de Jueces del Menor y la Familia en 2005. Este libro fue el resultado de muchos años de investigación y cuenta con aportes de todos los sectores del sistema de justicia juvenil. El libro describe cuáles son las mejores prácticas para el tratamiento judicial de casos de delincuencia juvenil.

Estas Líneas Directrices no son meramente un libro de políticas en materia judicial, sino que se ha convertido en un verdadero programa de acción para el trabajo de los tribunales de menores de todo el país, denominados Tribunales Modelo. Estos tribunales están implementando las recomendaciones detalladas en las Líneas Directrices para convertirse en modelos para otros tribunales del país. Se puede obtener una copia del libro en la sede del Consejo Nacional de Jueces del Menor y la Familia de Reno, Nevada.

**Conclusión**

Es un orgullo para Estados Unidos ser el país que creó el primer tribunal de menores en el mundo y que el tribunal de menores haya pasado a ser parte integral del sistema judicial de cada uno de sus estados. Miles de profesionales trabajan en el sistema de justicia juvenil, incluyendo jueces, funcionarios judiciales subordinados, funcionarios de libertad condicional, defensores, trabajadores sociales y proveedores de servicios. Además, miles de voluntarios de la comunidad brindan su tiempo y su energía para trabajar con jóvenes en riesgo y jóvenes en conflicto con la ley.

De todos modos, sabemos que queda mucho trabajo por hacer. Es necesario reducir los índices de encarcelación. Es necesario abordar el problema de que haya una mayor proporción de jóvenes pertenecientes a minorías dentro del sistema de justicia juvenil. Es necesario desarrollar abordajes creativos para tratar los casos de jóvenes en conflicto con la ley desde muy corta edad, mujeres y pandillas, sólo para nombrar algunas problemáticas específicas. Afortunadamente, existen muchos profesionales y muchos ciudadanos dispuestos a dedicar sus vidas para resolver las necesidades de los menores que se encuentran en mayor riesgo, y contamos con unas Líneas Directrices de políticas y prácticas específicas para ayudarnos a abrir el camino hacia cambios positivos.

**Juez Leonard Edwards***es un juez jubilado de San José, California.

[1] Artículo 790 del Código de Bienestar e Instituciones de California. Las evaluaciones son locales y no se publican. En el Condado de Santa Clara, más del 90% de los jóvenes que ingresan a un programa de rehabilitación lo finalizan satisfactoriamente.

# La justicia proteccional de menores en Chile: ultimas reformas

Juez Gabriela Ureta Roiron

**Los Orígenes de la Judicatura de Menores en Chile. El modelo de protección.**

La situación de los menores fue abordada en Chile bajo el modelo de la situación irregular o de la protección en la Ley de Menores, N°4.447, dictada en 1928, que constituyó un claro avance social en su época y que fue acompañada con el Decreto Ley sobre Recintos Especiales para Prevenir la Delincuencia Juvenil. Esta Ley creó la Judicatura de Menores y estableció una legislación específica para menores. Con diversas modificaciones esta legislación subsistió y posteriormente fue recogida en la ley 16.618, de 1967, texto a su vez actualizado por la Ley 19.711 de 2001, del cual subsisten sólo escasos artículos.

La vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (la Convención) ha comenzado a alterar sensiblemente el panorama legislativo en numerosos países. En Chile este proceso comenzó con la ratificación de la Convención y su incorporación como ley de la República en 1990.

Desde 1990, y junto con la recuperación democrática, en Chile se han venido dictando numerosas leyes, tales como la que regula la erradicación de los niños en las cárceles, la que versa sobre filiación de los hijos y la que perfecciona el régimen de adopción de los menores en situación de abandono, a fin de adecuar la legislación a las disposiciones de la Convención. Sin embargo tales leyes coexistían con la ley 16.618 que facultaba al Juez para conocer de todos los asuntos en que aparezcan inculpados de participar en crímenes, simples delitos o faltas, personas que aun no cumplían 16 años, como también los que superaban esa edad y no excedían de 18 años y que hubieran obrado sin discernimiento aplicando las correspondientes medidas de protección. Hay que tener claro además que ellas se aplicaban indistintamente a los infractores de la Ley penal y a quienes requirieran de asistencia y protección.

Dentro de una profunda reforma procesal penal que estableció un sistema de investigación y enjuiciamiento público y contradictorio se introdujeron modificaciones a la Ley de Menores que intentaban armonizar sus disposiciones con este nuevo sistema procesal penal, y corregir así ciertos contenidos de la ley 16.618. Un logro interesante lo constituyó la separación de la materia proteccional y la infraccional pero, sólo respecto de los infractores mayores de 16 años y menores de 18. Sin embargo, el adolescente menor de 16 años y el niño vulnerado en sus derechos, podía hipotéticamente recibir una medida restrictiva de libertad porque así estaba aún establecido en nuestra legislación. Se trataba de reflejos legislativos anacrónicos pero claramente subsistentes de un anterior modelo proteccionista, reflejando un rasgo distorsionador del prisma tutelar de la Ley de Menores. En la práctica estos menores podían recibir como "protección" medidas que implicaban una vulneración de derechos esenciales como la libertad.

**Ley 19.968 en lo referente a las medidas de protección en Chile**

Una nueva etapa en el desarrollo de la legislación chilena lo constituye la dictación de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia en vigor desde el 1° de octubre de 2005 y que introduce un procedimiento especial de aplicación judicial para medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

**Principios del Procedimiento**:

La ley enumera una serie de principios que rigen la aplicación de la legislación orientando al juez en caso de dudas. Son de aplicación general para toda la Justicia de Familia, tienen aplicación cabal en el caso de medidas de protección, están consagrados en el párrafo 1° del título III y son los siguientes:

1. Principio de la **oralidad**, conforme al cual todas las actuaciones procesales serán orales, salvo excepciones expresamente contenidas en esta Ley.
2. Principio de la **concentración**, conforme al cual el procedimiento se desarrolla en una sola audiencia o en audiencias continuas y sucesivas.

3. Principio de la **inmediación** conforme al cual el juez debe estar presente en todas las audiencias, bajo sanción de nulidad.
4. Principio de **actuación de oficio** conforme al cual promovido que sea el proceso y en cualquier estado del mismo, el Juez deberá adoptar de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad, la ley señala expresamente que "este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar", de este modo se garantiza una mayor aplicación del principio inquisitivo en esta materia. En relación con el principio inquisitivo, este artículo introduce el principio de la **celeridad**, desde que ésta es la finalidad que la ley establece para aplicar el principio inquisitivo.
5. Principio de la **colaboración** que establece que durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.
6. Principio de la **publicidad**, conforme al cual todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos, y sólo excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más medidas restrictivas en este sentido, como impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia e impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas.
7. Principio del **interés superior del niño, niña, o adolescente** consagrado en los siguientes términos: "Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en territorio nacional el ejercicio u goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías". Sin duda es éste el principio de la mayor importancia y que impregna el ordenamiento jurídico general.
8. Principio del **derecho a ser oído**. Obliga al Juez a oír al niño, niña o adolescente para la resolución del asunto sometido a su conocimiento.
9. Principio de la **desformalización.** Se aplica especialmente este principio respecto del requerimiento para iniciar las medidas de protección respecto de los niños, niñas o adolescentes, bastando la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.

**Principio del interés superior del niño.**
Consagrado en el artículo 3° de la Convención, es considerado como un principio general de la legislación. Tiene especial aplicación tratándose de la potestad cautelar cuando lo exija el interés del niño, niña o adolescente. Este principio está también consagrado a propósito de las convenciones probatorias [1] en que se permite al Juez aprobarlas teniendo en vista particularmente el interés de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto.

Sin perjuicio de lo anterior es indudable que el principio aludido permea transversalmente la legislación nacional. Así la Ley 19.585 sobre Filiación se refiere al interés superior del niño como principio a ser recogido en las disposiciones del Código Civil. Es así como se ha modificado el Art. 222 del C. Civil que da inicio al Título IX relativo a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, de forma tal que su nuevo inciso segundo establece que "la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades."

Aun cuando no aparezca claramente definido qué debe entenderse por el interés superior del hijo ni el concepto de "mayor realización espiritual y material", la disposición comentada constituye una precisión conceptual relacionada con la Convención. Igualmente, no es posible obviar una cierta subjetividad del Juez a la hora de aplicar en cada caso concreto cual es el interés superior del niño lo que implica una exigencia de criterio y sabiduría a su respecto para dar un mejor contenido al principio. Como menciona Grosman [2] "unos pueden creer que su mejor interés es lograr fuertes lazos emocionales, y otros suponer que es contar con una adecuada formación espiritual o religiosa o prepararlo para ser un hombre productivo en la adultez", "para unos será relevante estimular los afectos, el amor al prójimo, la solidaridad, la responsabilidad; para otros, la disciplina, la eficiencia, o el orden". Como señala la misma autora citando un estudio de Parker[3], para resolver casos de custodia un estudio realizado en Kentucky revelaba que los factores

---

[1] Convenciones probatorias son aquellos hechos que las partes deciden dar por acreditadas.

[2] Grosman, Cecilia, "El interés superior del niño" en "Los derechos del niño en la familia", Editorial Universidad, 1998, Buenos Aires. Pág36

[3] Grosman obra citada, pág.36.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

considerados por los jueces a la hora de decidir sobre la custodia de los niños no correspondían a los requerimientos de éstos sino a las características de los progenitores.

Por otra parte subsisten disposiciones añejas tales como el Art. 234 del C. Civil que contempla aún resabios paternalistas al establecer: "cuando sea necesario para el bienestar del hijo los padres podrán solicitar al Tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir 18 años". Esta disposición no es una norma en desuso y por el contrario, los Jueces muchas veces se encuentran frente a padres que, sobrepasados con hijos que están fuera de su control por razones de droga, alcohol, vagancia, prostitución o conductas alteradas se confiesan incapaces de cumplir con sus responsabilidades y siguen recurriendo a la "Justicia" para que se haga cargo de esos menores lo que obliga a replantearse el concepto del bien superior del menor en cada caso.

Sobre el contenido del principio del interés superior del Niño se ha producido jurisprudencia en los Tribunales que recoge la Convención como fuente vinculante de derecho. Así la Corte Suprema resolvió con fecha 2 de noviembre de 2006 conforme a dicha Convención para hacer una excepción en relación con la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, sobre la base que si un menor con alto nivel de madurez y avalado por su madre manifiesta su deseo de permanecer en el territorio nacional habilitan para la negativa a una solicitud de devolución a su custodio, conforme al Art. 13 de la Convención de la Haya. [4]

**Procedimiento Especial para Aplicación Judicial de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Algunos aspectos básicos del procedimiento.** Se contempla una audiencia preparatoria (dentro de cinco días) en la que se informará a las partes sobre el motivo de la comparecencia. Posteriormente se cita a una audiencia de juicio para recibir la prueba y decidir sobre el asunto sometido al conocimiento del juez. En ella podrán objetarse los informes periciales que se hayan evacuado, pudiendo el juez asesorarse por el Consejo Técnico[5]. En casos excepcionales puede decretarse la separación de su familia cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente. El procedimiento prevé una conciliación proactiva del Juez y, si ello no fuere posible, se dicta sentencia en la que se indicarán la naturaleza y objetivos de la medida adoptada fundamentándose su necesidad y conveniencia y se determinará el tiempo de su duración.

El Director del establecimiento o el responsable del programa en que se cumpla la medida adoptada tendrán la obligación de informar acerca del desarrollo de la misma, de la situación en que se encuentra el niño, niña o adolescente y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia. Ese informe se evacuará cada tres meses, a menos que el juez señale un plazo mayor, con un máximo de seis meses, mediante resolución fundada. En la ponderación de dichos informes el juez se asesorará por uno o más miembros del consejo técnico.

En caso de incumplimiento de las medidas adoptadas el tribunal determinará la sustitución de la medida u ordenará los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado. Se contemplan asimismo visitas obligatorias a los establecimientos residenciales. Después de cada visita, el juez evacuará un informe que contendrá las conclusiones derivadas de la misma, el que será remitido al Servicio Nacional de Menores y al Ministerio de Justicia.

Los afectados por una medida de protección judicial vigente tienen derecho a que el juez los reciba personalmente cuando lo soliciten por sí mismos o a través de de uno o ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del Director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida. En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen, el juez podrá suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada, de oficio, a solicitud del niño, niña o adolescente, o de las personas antes mencionadas.. Con todo, la medida cesará una vez que el niño, niña o adolescente alcance la mayoría de edad, sea adoptado o transcurra el plazo por el que se decretó sin que haya sido renovada o modificada.

**Medidas cautelares**.

Adicionalmente, es interesante resaltar una importante innovación consistente en la posibilidad de que el Juez adopte medidas cautelares especiales, conservativas o innovativas, esencialmente transitorias, (no pueden exceder de 90 días), lo que deja en evidencia la necesidad de una extrema cooperación entre los diversos organismos del sistema social, con el Poder Judicial, para adoptar

[4] Véase amplia Jurisprudencia sobre este principio en Familia Legislación y Jurisprudencia, pág.365. Punto Lex, Santiago, 2007. Véase en dicha obra múltiples aplicaciones de este principio en Jurisprudencia de Chile.

[5] Órgano asesor y no vinculante integrado por profesionales tales como psicólogos y asistentes sociales cuyo número y requisitos son establecidos por Ley. Los miembros del Consejo Técnico asesoran a los jueces, individual o colectivamente, para una mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento.

medidas de más largo plazo, cuando sea necesario. Estas medidas podrán ser adoptadas por el Juez en casos urgentes y ante inminencia de daño y el peligro de una tramitación demorosa, en cualquier momento del procedimiento, y aún antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente y menciona al efecto las siguientes:

a. Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado.
b. Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá para que asuman provisoriamente su cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación o confianza.
c. El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnostico o residencia por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.
d. Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieran encontrarse e impartir las instrucciones pertinentes.
e. Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas y regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido.
f. Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común.
g. Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudios del niño, niña o adolescente, así como cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visita o concurra habitualmente. En caso de que concurra al mismo establecimiento el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquellos.
h. La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza de vida o salud.
i. La prohibición de salir del país del niño, niña o adolescente sujeto a petición de protección.

En ningún caso podrá ordenarse como medida de protección el ingreso del niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario de adulto. La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que dejará expresa constancia en la misma. Para el cumplimiento de las medidas decretadas el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile.

Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida. En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.

Sin embargo, la ley dejó subsistente la disposición del artículo 30 de la antigua Ley 16.618 conforme al cual

"el juez podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos".

En particular, el juez podrá disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación, u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieran encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes. Es interesante mencionar que se establece como medida alternativa el ingreso del menor a un centro de tránsito o distribución, hogar substituto o a un hogar residencial, medida esta última que el tribunal podrá decretar por un plazo de un año. Por lo tanto cabe colegir que la medida general de protección que puede decretar el juez no está sujeta al plazo mencionado ni tampoco a los plazos que circunscriben las medidas cautelares.

**Desafíos de la implementación de la nueva legislación.**

Con las modificaciones señaladas el Juez se enfrenta a limitaciones propias de los escasos recursos del medio en que se desenvuelve. Sería deseable en consecuencia delimitar con mayor precisión qué derechos se desea y espera sean tutelados por los Tribunales.

Es del caso preguntarse, por ejemplo, si se trata de un tratamiento de alcoholismo o drogadicción, extremadamente caros, prolongados y de resultado incierto, si sería del caso que un Juez "ordenase tales tratamientos", ¿a quien?, ¿a qué autoridad?, ¿bajo apercibimiento de qué sanción? O si se tratase de derechos de educación vulnerados: ¿este procedimiento sería equiparable a una especie de recurso de protección sui generis del Derecho de Menores?

Conviene analizar si los propósitos buscados por la nueva legislación se han visto cumplidos en la nueva normativa y en su implementación.

a. Respecto de la **Judicialización** de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo ha habido avances desde que se ha diferenciado el trato de menores en situación de riesgo o menores en peligro o con problemas de salud, educación u otros problemas sociales del caso de menores infractores, no obstante los infractores menores de 14 años continúan recibiendo medidas de protección al estimarse que se trata de menores con sus derechos vulnerados.
b. **Respecto de la Impunidad** para el tratamiento de conflictos de naturaleza penal esta materia fue objeto de una Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, N° 20.084 de 7 de diciembre de 2005;
c. **Respecto de la Criminalización de la pobreza**, debemos señalar que aquellos que concurren con más frecuencia a los Tribunales, tanto para medidas de protección como en cuanto menores infractores corresponden a los sectores de menores ingresos de la sociedad.
d. **Respecto de la ausencia del debido proceso**. Con la nueva legislación es obligatorio designar un defensor a los niños infractores para que tengan defensa apropiada y en el caso de menores vulnerados en sus derechos, cuando exista una contraposición de sus derechos con los de sus adultos responsables, los tribunales deben designarles un curador *ad-litem.* En ambos casos necesariamente deben ser escuchados, sin embargo también les asiste el derecho a guardar silencio, si es preferente para la protección de sus derechos.
e. **En cuanto a las sentencias de internación** en el caso de los niños vulnerados en sus derechos, cuando importe la adopción de medidas que importen la separación de uno o ambos padres o de quienes lo tengan bajo su custodia debe necesariamente haber una resolución judicial fundada.

En la medida que el país ha venido progresando se han registrado claros avances en la forma de abordar los problemas sociales, especialmente de menores en situación de extrema pobreza. Hay programas públicos del Estado que apuntan a este segmento social: Chile Solidario, para personas en extrema pobreza y Chile Crece Contigo para la niñez. El resultado de las políticas públicas desde 1990 hasta hoy arroja un saldo de disminución de la pobreza muy destacable, desde un 38.6% a un 13.7% y desde un 13.0% de extrema pobreza o indigencia en 1990 a un 3.2% en 2006. Sin embargo, es evidente que persisten problemas que llegan a Tribunales por una falta de su detección y abordaje temprano. Aún así, es digno de destacar que cada vez más son los agentes sociales de educación, de salud o del sector social (asistentes sociales y sicólogos de Municipalidades) quienes intervienen para indagar por las causas de dificultades de los menores y para trabajar oportunamente sobre ellas.

Debemos señalar, sin embargo, que muchas veces los niños y/o adolescentes continúan siendo puestos a disposición de los Tribunales de Familia simplemente porque se encuentran en situación de pobreza, indigencia o abandono, con carencias de elementos básicos de subsistencia que los llevan a presentar conductas desadaptadas y que no tendrían razón de ser presentados “ante la justicia”.

Sigue siendo bastante común que sean los propios padres quienes soliciten la privación de la libertad de sus hijos a la policía o a los tribunales porque se sienten sobrepasados en su autoridad parental e impotentes ante ciertas conductas de sus hijos que no son capaces de prevenir o remediar.

La inercia que venimos mencionando se refleja no sólo en las autoridades policiales sino en directivos y funcionarios de hospitales, escuelas, consultorios, instituciones colaboradoras del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y otros órganos administrativos, todos los cuales continúan denunciando este tipo de hechos directamente a los tribunales.

A estos requerimientos se suma un cierto clamor de los medios de comunicación que reclaman de los Tribunales de Familia respuestas frente a las situaciones que afligen a los niños, lo que aumenta en el inconsciente ciudadano la noción de que a quien corresponde solucionar y enfrentar los problemas de vulneración de derechos del menor es a la Judicatura.

Con estos problemas la Justicia de Familia ha debido adaptarse sólo con los instrumentos legales actualmente disponibles.

**A modo de conclusión**

El conjunto de problemas que lleva a un menor a la vagancia en las calles excede el ámbito de un Juez, incluso especializado, y claramente entra en la esfera de acción social de los diferentes órganos del Estado, sean del nivel central o municipal. Indudablemente, se necesita de una acción mancomunada de todos los Poderes del Estado para afrontar soluciones de fondo.

Desde la Corte Suprema de Chile se ha expresado preocupación porque se advierte que aún con los adelantos legislativos ya señalados aún prima un criterio represivo más que preventivo; se advierten deficiencias en

infraestructura para tratamientos preventivos y rehabilitadores; la coordinación del Servicio Nacional de Menores debería mejorar; hay sobrepoblación en los centros de internación provisoria e insalubridad en varios de ellos, desafíos pendientes ligados por cierto a los limitados recursos del Estado y adicionalmente hay falta de jueces.

No obstante, del conjunto de reformas a que se ha aludido no cabe duda que en los años recientes, y con posterioridad a la Convención el país ha evolucionado positivamente, en concordancia con la mencionada convención. Si bien pueden persistir algunos anacronismos, éstos son mínimos. Los jueces enfrentan desafíos muchas veces superiores a su ámbito pero en la aplicación de los principios y derechos fundamentales que consagra la Convención resulta cada vez mas evidente la búsqueda de tales principios y derechos a fin de darles un mayor contenido a los mismos, muy particularmente al principio del bien superior del niño.

**Gabriela Ureta***,Juez de Familia, Presidenta del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, Chile. Ex Presidenta de la Asociación Nacional de Jueces de Familia (Chile) y de la Asociación Nacional de Jueces de Menores (Chile).

Las opiniones vertidas lo son a título personal y académico y no comprometen posturas institucionales. El texto es un resumen de la ponencia presentada en Congreso de Mendoza, Argentina, en noviembre de 2009.

**BIBLIOGRAFÍA**


- *García Méndez, Emilio (2004) "Infancia. De los Derechos y la justicia", Buenos Aires, Editorial del Puerto.*
- Grosman, Cecilia, "El interés superior del niño" en "Los derechos del niño en la familia", Buenos Aires, 1998, Editorial Universidad.
- Punto Lex, Familia, Legislación y Jurisprudencia, (2007), Santiago.

# Justicia Juvenil y de Menores en Quebec

El Honorable Lucie Rondeau

**La Ley de justicia penal juvenil** (YCJA, por sus siglas en inglés)[1] es una ley federal vigente en todo el territorio de Canadá. No obstante, en la práctica su aplicación difiere entre una región y otra, porque cada provincia tiene competencia sobre la organización de sus tribunales, la administración de justicia y los servicios que ofrece a los menores y sus familias. El objetivo de este artículo es describir las características principales del sistema judicial de menores y jóvenes en Quebec.

**La Ley de protección de menores** (YPA, por sus siglas en inglés)[2] es una ley provincial de Quebec, diseñada para proteger a los menores y jóvenes desde su nacimiento hasta la edad de 18 en todos los casos en que se considera que están en riesgo su seguridad o su desarrollo[3].

- Los servicios sociales que se ocupan de la aplicación de estas dos leyes son los siguientes:
- La autoridad responsable de aplicar la YPA es el Director de Protección de Menores, que en Québec, en su carácter de Director Provincial a cargo, de acuerdo con la YCJA, también tiene la responsabilidad de realizar, en ciertas etapas del proceso judicial penal, la evaluación social de los jóvenes acusados de cometer un delito, y de hacer cumplir algunas de las sentencias resultantes de estos procesos.
- Todos los recursos necesarios para implementar medidas en virtud de la YPA[4] y para cumplir sentencias impuestas en virtud de la YCJA son responsabilidad del Ministerio de Salud y Servicios Sociales.
- En la práctica, los adolescentes sujetos a institucionalización en virtud de la YPA y aquellos sentenciados a custodia en virtud de la YCJA son derivados a los mismos establecimientos, aunque, la mayoría de las veces, ubicados en distintas áreas residenciales. Se dedica un mayor nivel de supervisión en los casos de delitos graves.
- No obstante, la filosofía de estos establecimientos y servicios residenciales es ofrecer a los adolescentes programas de rehabilitación diseñados en forma personalizada con el fin de reintegrarlos a la sociedad lo antes posible. Esta filosofía se basa en que el objetivo de la custodia no es privar al menor de su libertad, aunque es posible que ése sea el resultado si el joven se niega a participar de los programas o servicios correspondientes.
- La YPA y la YCJA son administradas por un solo tribunal, la División Juvenil del Tribunal de Quebec. Los jueces son especialistas en justicia juvenil y, en las ciudades más importantes, sólo ejercen su profesión en esta área[5].
- Otro aspecto es el manejo de ciertos delitos penales fuera del sistema judicial bajo un programa extrajudicial muy amplio que funciona desde 1979. En la práctica, aproximadamente el 50% de los delitos cometidos por menores están sujetos a medidas no judiciales en vez de someterse a procedimientos judiciales.
- Antes de presentar cargos es necesario que el fiscal autorice todos los procedimientos penales que derivan de un interrogatorio policial[6]. Este requisito permite que el fiscal

[1] S.C., 2002, c. 1. La YCJA se aplica en casos en que se acusa de un delito a una persona de 12 años o más que no supere los 18 años.

[2] R.S.Q*., capítulo P-34.1 (*Leyes revisadas de Quebec).

[3] Los títulos que figuran en la ley como situaciones que requieren la protección del estado son: abandono, descuidos (falta de cuidados, servicios de salud o educación), crueldad psicológica, abuso físico o sexual o el riesgo de que se presente alguna de estas situaciones. Otro título habla de una situación que se presenta a menudo en los adolescentes, que es la manifestación de problemas de conducta graves, tan graves como para causar preocupación acerca del bienestar *físico o mental del adolescente o de otras personas.*

[4] Según esta ley, en los casos más graves el Tribunal de Menores puede ordenar que el niño o adolescente sea ubicado con una familia sustituta o en un centro de rehabilitación en contra de su voluntad.

[5] El juez no tiene competencia para decidir qué legislación se aplica a cada caso. El juez aplica la YCJA cuando el fiscal público decide imponer cargos a un menor por un delito, y aplica la YPA cuando el Director de protección de menores ha iniciado un procedimiento en el tribunal en el marco de esta ley.

[6] No obstante, este requisito no es un aspecto específico de la justicia juvenil, ya que en Quebec esta norma también opera cuando un adulto es sometido a un proceso penal.

ejerza su propia discreción desde el inicio del proceso. Desde ese momento, si una acusación llega al tribunal, se fija la audiencia rápidamente y la Fiscalía decide, en esta primera instancia del proceso, si el joven recibirá una condena sumaria (delitos menores) o será llevado a juicio (delitos procesables). La principal consecuencia de esa decisión es la extensión del período de custodia que se puede imponer al menor.

- Los jóvenes acusados tienen derecho a obtener representación legal por cuenta del servicio judicial independientemente de los ingresos o el patrimonio de sus padres. Sólo se tienen en cuenta los ingresos propios de los jóvenes.
- Los menores y jóvenes implicados en casos que se inscriben en el marco de la YPA y en procesos iniciados en virtud de la YCJA pueden acceder a la representación de abogados especializados en justicia juvenil.
- Todos los profesionales involucrados tienen extremo cuidado de no tratar un caso bajo la YCJA cuando sería mejor tratarlo bajo la YPA. Esta preocupación se presenta en varias instancias del sistema de justicia juvenil. Las principales son:
- La aplicación en Quebec del artículo 30(8) de la YCJA que establece que si un oficial de policía ha arrestado a un menor debe obtener la autorización del Director Provincial para mantener al menor bajo custodia. Esta disposición permite que el Director Provincial, quien, como ya hemos explicado, es también responsable de la aplicación de la YPA, tome al menor a su cargo bajo la YPA, si lo considera más apropiado. Esto no significa que la YCJA no se aplicará mas adelante en relación con el delito cometido si el caso del menor se trata bajo la YPA. Sólo evita que se mantenga al menor bajo custodia cuando podría ser mejor protegido bajo la YPA.
- Los tribunales evitan imponer condiciones (durante el período de libertad provisional simultáneo al proceso judicial o en la instancia de la sentencia) que no tengan una conexión racional con las circunstancias del delito o con la situación personal del menor con respecto al delito cometido. El objetivo es impedir que se repitan cargos penales contra un menor que viola una condición porque se encuentra en una situación de riesgo conforme a la YPA.
- Estas características nos permiten cumplir uno de los muchos principios consagrados en la YCJA; concretamente, aquel que establece que la custodia (durante el proceso judicial o como resultado de una sentencia) no se debe utilizar en reemplazo de los servicios de protección a los menores. La aplicación de la ley provincial hasta la edad de 18 en esta área es ciertamente de considerable ayuda en comparación con la situación imperante en otras provincias de Canadá.

Pero sería incorrecto pensar que la aplicación de la YCJA en Quebec no conduce a otros problemas. Por el contrario, los límites a los períodos de custodia establecidos en el artículo 39 de la YCJA[7] presentan un desafío a menudo difícil de superar. De hecho, a veces parece contradictorio que no se pueda imponer una pena con custodia siendo ésta la única manera de cumplir el objetivo y los principios relativos a las sentencias de acuerdo con el artículo 3 y el 38 de la YCJA. Es común llegar a la conclusión de que la pena proporcional a la gravedad del delito y al nivel de responsabilidad del menor en cuestión sería la custodia en un establecimiento que ofrece programas de rehabilitación sólo para descubrir que el artículo 39 de la YCJA no autoriza esta medida.

Quebec ha evitado exitosamente tratar casos correspondientes a la YPA bajo la YCJA. No obstante, en algunos casos sucede que la YPA debe compensar las lagunas de la YCJA, lo cual resulta contradictorio. Este es el caso cuando un joven necesita rehabilitación a través de un programa que sólo se realiza bajo custodia y el tribunal no puede ordenar que el joven participe de dicho programa bajo la YCJA aunque ésta sea la sentencia más adecuada.

Hay consenso en que el objetivo buscado es limitar la cantidad de sentencias que incluyan custodia. Sin embargo, en Quebec se dictaban muy pocas sentencias con custodia antes de que se sancionara la YCJA, lo cual nos hace pensar que este objetivo no era tan urgente en nuestra provincia. Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que, al igual que muchas otras provincias y a pesar de los aspectos que distinguen a nuestro sistema judicial de otros, Quebec está experimentando tanto logros como desafíos en la aplicación de la YCJA.

**El Honorable Lucie Rondeau*** es el co-coordinador Juez Asociado de la División de la Juventud de la Québec-Chaudière-Appalaches Región de la Corte de Québec.

---

[7] El artículo 39 (que se debe interpretar en forma estricta) de la YCJA autoriza al tribunal a ordenar una sentencia de custodia sólo en casos en que el menor:

- ha cometido un delito violento, o
- ha incumplido por lo menos dos veces sentencias judiciales que no incluían custodia, o
- ha cometido un delito procesable susceptible de pena de más de dos años de prisión y tiene antecedentes penales, o
- si las circunstancias agravantes del delito son tales que el caso resulta excepcional y una sentencia que no incluye custodia sería incompatible con el objetivo y los principios de la ley.

# La edad de imputabilidad de Nueva Zelanda

Linda McIver

**El gobierno de Nueva Zelanda presenta un proyecto de ley para bajar la edad de imputabilidad**

Luego de las elecciones generales de noviembre de 2008 y durante sus primeros 100 días de gobierno, la nueva gestión de centro-derecha de Nueva Zelanda presentó varias iniciativas legislativas. Entre ellas hubo una que suscitó especial interés en el sector de la justicia juvenil, ya que implica la posibilidad de procesar a niños de 12 y 13 años por delitos graves y ampliaría las opciones de sentencia del Tribunal de Menores.

La Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias de 1989 es la piedra angular del innovador sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda. Este sistema tiene las siguientes características:

- Los menores de entre 14 y 16 años son procesados en el Tribunal de Menores especializado[1];
- A los delincuentes menores de 14 años no se les puede imputar ningún delito (a menos que el delito sea asesinato u homicidio), pero el Tribunal de Familia trata estos casos en base a la filosofía de que su infracción es resultado de la falta de cuidado y protección en sus entornos familiares;
- Se le otorga prioridad a la aplicación de medidas alternativas –no se deben iniciar procesos judiciales si existe una forma alternativa de tratar el caso–;
- Se realizan conferencias de grupo familiar –por las cuales se asigna a las familias y a la comunidad la responsabilidad de controlar y asumir las consecuencias de la conducta del menor–; y
- El Tribunal de Menores opera en base al requisito legal de utilizar la sanción menos restrictiva posible.

Este sistema está en aplicación hace veinte años y ha tenido como resultado un descenso importante en las tasas de detenciones policiales, encarcelamiento e institucionalización. Sin embargo, sabemos que no es perfecto, y el gobierno ha expresado su inquietud con respecto a la cantidad de personas jóvenes que delinquen de manera grave y persistente causando un gran daño tanto a sus víctimas como a sí mismos, a sus familias y a la comunidad.

En respuesta a esta preocupación el gobierno ha presentado una serie de iniciativas denominadas colectivamente “Empezar de cero”.

Esta propuesta de ley introduce reformas en la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias (competencia y órdenes del Tribunal de Menores). Además, propone cambios en dos áreas fundamentales:

- La competencia del tribunal: al disminuir la edad de imputabilidad, el Tribunal de Menores procesaría los casos que involucran a niños de 12 y 13 años;
- Las sentencias: brinda detalladamente nuevas y más prolongadas opciones de sentencias al Tribunal de Menores.

**Competencia**

Bajo la legislación propuesta, la competencia del Tribunal de Menores se ampliaría para incluir a niños de 12 y 13 años si el delito que han cometido permite una pena máxima de 14 años de prisión (ejemplos de este tipo de delito son el incendio provocado intencionalmente, el robo agravado y el intento de homicidio). Los menores de 12 y 13 años también pueden ser procesados en el Tribunal de Menores si el delito que han cometido permite una pena máxima de 10 años de prisión y ya han sido previamente procesados en el Tribunal de Familia por delitos graves cuya autoría se ha comprobado (ejemplos de este tipo de delito son el intento de incendio premeditado, el daño intencional y la violación de propiedad).

[1] Excepto los delitos de homicidio y asesinato no premeditado, que se dirimen en el Tribunal Superior, después de llevar a cabo la indagatoria en el Tribunal de Menores.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

La postura del gobierno es que existe un grupo pequeño pero importante de niños de entre 12 y 13 años para quienes el sistema actual no está funcionando. Esto indica que la nueva gestión no adhiere al enfoque actual que considera que la causa principal de las conductas delictivas de menores reside en el nivel de cuidados y protección que hayan recibido en su entorno familiar. Según el proyecto de ley presentado, los menores en conflicto con la ley deben asumir una mayor responsabilidad por el daño que causan.

Es así como un niño de 12 o 13 años procesado en el Tribunal de Menores estaría sujeto al mismo proceso que un niño de 14 a 16 años, excepto que no podría ser transferido a un tribunal superior. Sin embargo, podría ser transferido al Tribunal de Familia si el Tribunal de Menores considera que el tratamiento del caso en su marco no satisface el interés público.

**Sentencias**

Además de ampliar la competencia del Tribunal de Menores, el proyecto de ley introduce nuevas opciones de sentencia. El proyecto de ley duplica el plazo de las órdenes de institucionalización en centros de alto nivel de 3 meses a 6 meses en reclusión.

También aumenta el plazo de la orden de Supervisión con Actividades (bajo la cual se requiere que el menor en conflicto con la ley asista a un programa terapéutico en la comunidad) de 3 a 6 meses.

Según los voceros del gobierno, el aumento del plazo de estas sentencias envía un fuerte mensaje acerca de la percepción que tiene la sociedad sobre este tipo de delitos. Además, y con el mismo nivel de importancia, da más tiempo a los jóvenes que delinquen para recibir la ayuda y el apoyo que necesitan para revertir sus estilos de vida.

El proyecto de ley brinda específicamente las siguientes nuevas opciones de sentencia:

- Programas de educación sobre paternidad para jóvenes que delinquen que son padres y para padres de jóvenes que delinquen;
- Programas de mentoría;
- Programas de rehabilitación del abuso de alcohol o drogas.

Actualmente se pueden impartir este tipo de órdenes, pero su introducción en la legislación refuerza el mensaje sobre la percepción que tiene la sociedad respecto del tratamiento que reciben los jóvenes que delinquen.

Cuando se trata de jóvenes que delinquen de manera grave y frecuente o que ignoran las normas comunitarias básicas, la legislación otorga al sistema judicial el poder de impartir órdenes de monitoreo y supervisión intensiva.

En función de estos poderes, el cumplimiento del joven de su sentencia comunitaria es controlado regularmente por el Tribunal de Menores. Si resulta necesario, el tribunal puede monitorear el cumplimiento de una orden de no circular después de cierto horario por medio de un brazalete electrónico durante un período máximo de 6 meses.

Además de este proyecto de ley, las iniciativas 'Empezar de cero' impulsan el desarrollo de nuevos programas comunitarios y el fortalecimiento de los programas existentes. El gobierno ha expresado su deseo de que se abran campos de actividad de estilo militar en los cuales los jóvenes reciban ayuda para desarrollar habilidades para la vida, disciplina personal y autoconfianza, bajo el entrenamiento y el control de personal militar o ex-militares. También ha prometido impulsar programas de residencia y hospitales de día para la rehabilitación de las drogas y el alcohol con el fin de suplir la escasez actual de este tipo de programas dirigidos a jóvenes.

**Observaciones del Tribunal de Menores**

La propuesta de ley fue examinada por una Comisión Investigadora del Parlamento. Durante su trabajo, la comisión recibió muchos comentarios, la mayoría de los cuales se manifestaban en contra de los cambios propuestos por esta legislación. Muchos representantes del área de la justicia juvenil han señalado que ampliar el número de delitos por los cuales se puede procesar a menores de 12 y 13 años nos aleja aun más de los compromisos que hemos asumido al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

El magistrado principal del Tribunal de Menores Andrew Becroft envió sus observaciones referidas al proyecto de ley en nombre del Tribunal de Menores de Nueva Zelanda. Lo que dijo, en resumen, es lo siguiente:

"Los jueces del Tribunal de Menores consideramos que la propuesta de incluir a niños de 12 y 13 años dentro del sistema de justicia juvenil, aunque sea en forma limitada, implica un cambio fundamental en el sistema judicial, y sería el cambio más fuerte que se ha introducido desde su implementación inicial en 1989. Sabemos que la decisión de introducir este profundo cambio está en manos del Parlamento, pero creemos que es pertinente que el Tribunal de Menores le exprese a la Comisión Investigadora cuáles son las deficiencias que percibe en la forma actual de abordar la "delincuencia juvenil", que pueden haber generado esta respuesta por parte del gobierno. '¿Se trata de deficiencias operativas o, más bien, se trata de una deficiencia en la filosofía que sustenta la legislación actual?'

Si el problema real son los mecanismos que ofrece la legislación actual, ¿no sería más adecuado dinamizar y simplificar la legislación que se aplica actualmente a los casos de jóvenes en conflicto con la ley (lo cual se debería haber hecho hace mucho) para lograr un mejor aprovechamiento de los procesos existentes, que han sido mal entendidos y mal aplicados?"

La Comisión Investigadora ha recomendado que se apruebe el proyecto de ley con algunos cambios menores. Todavía está pendiente la tercera lectura del proyecto, pero lo más probable es que la nueva ley entre en vigencia, sin mayores modificaciones, en octubre de 2010. Si se introduce algún cambio significativo, informaremos a los miembros en las ediciones futuras de Crónica.

**Cómo seguir**

Si se aprueba este proyecto de ley, será la mayor modificación realizada en los 20 años de existencia de la Ley de Niños, Menores y sus Familias de 1989. Estos cambios demuestran, de algún modo, lo difícil que resulta en las sociedades democráticas encontrar un equilibrio entre el cumplimiento de las obligaciones asumidas a nivel internacional, las necesidades criminogénicas de los jóvenes en conflicto con la ley y la presión de la opinión pública que pide más seguridad jurídica y un enfoque más punitivo.

**Linda McIver**, asesora de investigación del magistrado principal del Tribunal de Menores de Nueva Zelanda.



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**

# Justicia juvenil y drechos del niño—una evaluación del sistema de Justicia Juvenil suizo y sudafricano a la luz del derecho internacional

Jueza Ursina Weidekuhn

**El comienzo de un viaje**

En honor a mi pasión por el continente africano, en el año 2002 decidí inscribirme en un programa de maestría en Derecho Internacional en la Universidad de Cape Town. Sentía que después de una década de trabajar como Juez de menores (Jugendanwalt) en Suiza podía ser útil y fructífero dedicar algún tiempo a la reflexión.

Casualmente, llegué a Sudáfrica cuando se estaba presentando en el Parlamento el proyecto de Ley de Justicia de Menores. Este proyecto prometía formas nuevas y progresistas de lidiar con los menores en conflicto con la ley, como símbolo de los esfuerzos nacionales por superar la represión de los años del Apartheid. En poco tiempo, logró impresionarme la fuerte orientación de la Ley hacia los derechos del niño, sus novedosos abordajes y su comprometido énfasis en los derechos del niño. No obstante, parece ser que durante las deliberaciones parlamentarias de 2003, el proyecto de ley – probablemente por influencia de los temores gubernamentales – iba a tomar un enfoque mucho más punitivo. Pero antes de que se publicara una nueva versión, el proyecto de ley desapareció durante unos cuantos años. Como consecuencia de mi fascinación por la versión original de este proyecto de ley y la extraordinaria historia de su redacción, inspirada en la tesis de la profesora Julia Sloth-Nielsen sobre la influencia del derecho internacional en el proceso de reforma[1] en Sudáfrica, decidí emprender un estudio similar sobre el derecho suizo y el proceso de reforma en Suiza y comparar los resultados de mi estudio con los datos de Sudáfrica. Esta idea me hizo regresar a Sudáfrica algunos años después, justamente en el momento en que por fin se publicaba la versión 2007 revisada (efectivamente más punitiva) de la Ley de Justicia de Menores, que luego fue discutida en el Parlamento. El resultado de este debate (que me permitieron presenciar) fue una versión moderada con elementos de las dos versiones anteriores, esencialmente divergentes, del proyecto de ley: la versión 2008[2]. El resultado de mi regreso a Sudáfrica es el libro que estoy presentando en estas líneas.

**Sinopsis**

El estudio consta de cinco partes principales. Comienza con un capítulo introductorio que describe brevemente el 'nacimiento' de los sistemas de justicia juvenil alrededor del año 1900, así como los modelos y las tendencias predominantes en las décadas siguientes. Este capítulo también contiene una definición de un 'Modelo de Derechos del Niño', que se considera – en base a la obra de Sloth-Nielsen – un nuevo modelo de Justicia Juvenil. En el segundo capítulo, se presentan los avances legislativos de la justicia juvenil internacional (y algunos escogidos de justicia regional), junto con un análisis detallado de cada uno de estos instrumentos legales. Principalmente en base a la definición antes mencionada de un 'Modelo de Derechos del Niño', se elaboran las siguientes áreas: objetivos penales; temas relativos a la edad; separación y especialización; medidas alternativas; organización y procedimientos (incluyendo prisión preventiva, representación legal, protección de los derechos individuales y revisión); sanciones. Para este capítulo, me serví de los cada vez más detallados comentarios del Comité de los Derechos del Niño[3] (encontrados especialmente en sus Comentarios Finales y en el Comentario General N.º 10). Los capítulos tres y cuatro tratan sobre los métodos que se utilizaban en el pasado en Suiza y Sudáfrica para abordar los casos de delincuencia juvenil, '*de lege lata* y *de lege ferenda*' (se incluyen datos sobre su

1 Sloth-Nielsen Julia, El rol del derecho internacional en la reforma del sistema de Justicia Juvenil en Sudáfrica (*The Role of International Law in Juvenile Justice Reform in South Africa*), inédito. Tesis LLD, Universidad de Western Cape 2001.

2 Mientras tanto la Ley de Justicia de Menores N.º 75 de 2008.

3 De aquí en adelante denominado CDN.

práctica e implementación). Finalmente, en el último y principal capítulo, se evalúan estos sistemas nacionales y sus desarrollos a la luz del derecho internacional, área por área, tal como se presentaron en los capítulos anteriores. Este capítulo concluye con un resumen global de los resultados de dicha evaluación. Además, el libro incluye un resumen de sus contenidos en alemán y otro en inglés.

**Algunos temas delicados…**

A medida que escribía el libro, me encontré varias veces con preguntas a las cuales no podía encontrar fácilmente una respuesta (inequívoca) en los materiales disponibles. Algunas de estas preguntas tienen que ver con la interpretación de los instrumentos de derecho internacional en si mismos, como cuál es el alcance exacto del principio que establece que el arresto, la detención o el encarcelamiento sólo se deben utilizar como último recurso y por el período de tiempo más corto aplicable (art. 37(b) CDN[4]). En el contexto de la justicia juvenil, ¿la privación de la libertad orientada al bienestar también debería responder a esta disposición?[5] También me encontré en problemas cuando noté que la versión en alemán de la CDN difiere de la versión en inglés en lo que respecta a la asistencia jurídica (representación legal) del joven en caso de privación de su libertad (art. 37(d) CDN). La versión en alemán (respaldada por la versión francesa, que es oficial) sostiene que 'todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica *u* otra asistencia adecuada', y la versión en inglés (respaldada por la versión en español) habla de 'asistencia jurídica *y* otra asistencia adecuada'. En esos momentos de incertidumbre sobre la interpretación de los instrumentos, me resultó muy útil hablar con expertos en justicia juvenil.

No obstante, también tuve problemas con aquellas disposiciones que generan debates sobre la compatibilidad del sistema de justicia juvenil suizo con los instrumentos internacionales. Suiza es un país con una larga experiencia y fuerte especialización en el área de la justicia juvenil, reconocido a nivel mundial por tener un sistema eficaz que realmente tiene en cuenta las necesidades del menor, y durante los años en que ejercí la profesión, yo misma admiré muchas veces nuestro sistema por ser excepcionalmente simple y claro. Entonces me preguntaba si sería justo concentrarme en las lagunas jurídicas o señalar las posibles desviaciones de las normas internacionales. Por supuesto que estaba bien hacerlo, siempre que estuviera justificado, pero no fue una tarea agradable. Hubo otros puntos de controversia, especialmente en relación con los siguientes temas: ¿bajo qué circunstancias, exactamente, se debe permitir que el juez a cargo de la investigación sea también el juez de sentencia en un caso, aplicando la controvertida práctica del '*Personalunion*', ampliamente extendida en Suiza? Otro punto de debate y preocupación fue la cuestión de si la prueba de culpa es o no una condición *sine qua non* para dictar veredictos penales y sentencias. La legislación suiza no exige que se presente prueba de culpa en los casos de derecho penal juvenil en que la sentencia esperada es una medida educativa o terapéutica que aborde las necesidades del joven (un abordaje que en muchos otros países se limita a las autoridades civiles en lugar de las penales). Además, en virtud del mismo razonamiento orientado a las necesidades del joven, la legislación suiza dispone que la duración de dichas medidas no debe determinarse en forma anticipada, sino luego de evaluar el progreso del joven en el proceso de reinserción social. Todos estos elementos del derecho suizo de justicia juvenil apuntan a su (todavía) fuerte orientación hacia el bienestar del menor. La pregunta es si todavía debemos apoyar este enfoque, que apunta a proteger al joven en conflicto con la ley, o si debemos considerarlo desactualizado ante los recientes desarrollos del derecho internacional[6], que 'está comenzando a oponerse a la discreción absoluta y exclusiva de las autoridades judiciales para rehabilitar a los menores en pos de su interés superior'[7].

Quizás resulte sorprendente saber que los análisis de la justicia juvenil en Sudáfrica eran menos intrincados. Todo parece más fácil y más claro: en el pasado simplemente no había (o prácticamente no existía) un sistema especializado de justicia juvenil, con lo cual la falta de compatibilidad con las normas internacionales resultaba bastante evidente. Para el futuro, por otro lado, se cuenta con la nueva Ley de Justicia de Menores: una ley redactada a conciencia, alineada con las normas internacionales, que resulta compatible con dichas normas en prácticamente todos los aspectos analizados en este estudio.

4 Convención sobre los Derechos del Niño.

5 La pregunta surge porque la segunda oración del artículo 37(b) de la CDN – a diferencia del primero - no utiliza el término 'privación de la libertad', que es más abarcativo.

6 Especialmente en relación con el principio de último recurso, el principio de proporcionalidad y los derechos de procedimiento que figuran en el artículo 40 de la CDN.

7 Consultar Van Bueren Geraldine, Justicia orientada a las necesidades del menor – Un desafío internacional para Europa; Revista Internacional del Derecho y la Familia (*Child-Orientated Justice – An International Challenge for Europe; International Journal of Law and the Family) N.º 6 (1992), 381*.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

**Algunas conclusiones comparativas**

La evaluación de los sistemas de justicia juvenil de Suiza y Sudáfrica a la luz de las normas internacionales analizadas en esta tesis pone en evidencia las similitudes y las diferencias, las fortalezas y las debilidades de los dos sistemas comparados. Algunas se reseñan en este trabajo.

Con respecto al *objetivo penal*, el reciente proceso de reforma acercó mucho más los divergentes enfoques de ambos países. Actualmente, ambos países se orientan a la reinserción del menor, en línea con los instrumentos internacionales. No obstante, en lo que respecta a los medios para lograr este objetivo, los dos países ponen el énfasis en distintos medios: Suiza (hoy, al igual que en el pasado) pone el énfasis en la protección y en la educación, mientras que Sudáfrica pone el énfasis principalmente en el concepto de 'ubuntu'[8] o restauración. Por lo tanto, mientras Suiza se atiene a lo que se ha puesto en práctica y probado en el pasado, Sudáfrica sigue simultáneamente la tradición africana y las tendencias internacionales.

Se encuentran muchos puntos de compatibilidad en los aspectos *relacionados con la edad.* Ambos países se caracterizan por tener una edad de imputabilidad penal muy baja: en el pasado, este límite se había fijado en 7 años, en tanto el proceso de reforma lo aumentó a los 10 años en ambos países[9]. Se puede observar una diferencia en la forma en que han reaccionado ambos países a la recomendación de la CDN (que sugiere una edad de 12 años en adelante) para reconsiderar e incrementar la edad de imputabilidad. En tanto Sudáfrica analizó la recomendación en detalle y trató de justificar la no adhesión a la misma, el parlamento Suizo parece simplemente haberla ignorado. No obstante, ambos países pueden defender la edad mínima de imputabilidad refiriéndose a otras diferenciaciones relacionadas con la edad que apuntan a proteger a los más pequeños en los procedimientos de justicia juvenil, como una disposición que fija una edad mínima para sentencias de prisión más extendidas[10]. Por otro lado, y como denominador común, en ambos países existen tendencias a introducir normas más duras para los jóvenes de mayor edad – una tendencia que genera preocupación ya que puede tener como resultado que algunos jóvenes sean excluidos de la jurisdicción de la justicia juvenil, lo cual no está permitido por la legislación internacional.

**Derechos de procedimiento**

Otra área en la que se pueden observar desarrollos similares es la forma en que los dos países abordan los *derechos de procedimiento.* Ambos han fortalecido la posición del acusado y de los delincuentes en el último proceso de reforma. Esto sin duda tiene un efecto directo en los intentos por cumplir con las normas internacionales (y regionales).

Por supuesto que hay muchos aspectos en los que ambos países están a un nivel muy diferente de desarrollo o en los que ambos han reaccionado de forma muy diferente ante las nuevas tendencias. Esta divergencia puede encontrarse en primer lugar con respecto a la cuestión de la *especialización* en el área de la justicia juvenil. En tanto Suiza – como muchos otros Estados – comenzó a promover leyes, procedimientos e instituciones especiales para los jóvenes hace muchas décadas y ha alcanzado un alto grado de especialización, Sudáfrica recién está comenzando a hacerlo. En cualquier caso, la joven democracia propone algunas ideas innovadoras y progresistas respecto de la mayor especialización. Ejemplos de lo anterior son los denominados '*One-Stop Child Justice Centres*' (centros integrales de justicia juvenil), que brindan diversos servicios de justicia juvenil en un solo sitio, o la creación de unidades especiales para menores en los centros de asistencia legal. Un ejemplo de progresismo se encuentra en las capacitaciones con profesionales de justicia juvenil que se han llevado a cabo en los últimos años y han incluido el estudio de las normas internacionales. En comparación, los jueces de la justicia juvenil suiza todavía "aprenden en la práctica", ya que no reciben formación sistemática y específica en este sentido. Esta falencia también incluye la falta de formación en normas internacionales, lo cual le ha merecido críticas a Suiza por parte del CDN. Por lo tanto, en algunos aspectos pareciera que la historia de Sudáfrica difiere de la de Suiza en cuanto a la necesidad de efectuar algunos ajustes.

**Medidas alternativas**

En lo que respecta a *medidas alternativas,* se pueden observar dos procesos muy distintos en

[8] Un filosofía tradicional africana que 'apunta a la unidad y la reconciliación en lugar de imponer castigos vengativos' (Boraine Alex, Un país desenmascarado: Dentro de la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación *(A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission)*, Cape Town 2000, 425), tomada de la resolución tradicional de conflictos y la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación (ver Skelton Ann, Brit.J.Criminol (2002) 42, 496ff), la cual se menciona explícitamente en la nueva Constitución y en la Ley de Justicia del Menor.

[9] Más precisamente, Sudáfrica mantuvo el enfoque de *doli-incapax*, estableciendo la edad mínima de imputabilidad a partir de los 10 años (y la máxima en los 14 años).

[10] No obstante, en ninguno de los dos países se establece una edad mínima especial para *todas* las formas de privación de la libertad.

ambos países. En el proceso de reforma de Sudáfrica, los conceptos de medidas alternativas y restauración pasaron pronto a ocupar el rol central en la nueva ley (que afortunadamente sobrevivió al retroceso represivo observado en las deliberaciones de 2003).

Las disposiciones sobre medidas alternativas en la Ley de Justicia de Menores se clasifican por tres elementos: en primer lugar por su muy amplio – o mejor dicho irrestricto – campo de aplicación; en segundo lugar por su orientación restaurativa[11], y finalmente por la codificación de normas cuidadosamente formuladas sobre medidas alternativas. Este nuevo enfoque refleja la fuerte determinación del país de alejarse del enfoque represivo que caracterizó a los años del Apartheid; y simultáneamente conecta a la tradición africana con los modernos derechos de los niños de forma notable. En Suiza, por otro lado, el término "medidas alternativas" no aparece mencionado ni una sola vez en el reciente proceso de reforma, y la introducción de una disposición sobre la mediación entre víctimas y victimarios fue tomada con cierto escepticismo. Esta renuencia resulta sorprendente si tenemos en cuenta la arraigada tradición de mediación que existe en Suiza. No obstante, se debe mencionar que tradicionalmente, el sistema de justicia juvenil suizo tiene algunas características que remiten al concepto de medidas alternativas: como la informalidad del procedimiento, los limitados requisitos de registro que suelen generar estigmatización, la posibilidad de reaccionar ante la delincuencia juvenil con la no intervención o a través de diversos programas sociales, un enfoque restrictivo respecto del encarcelamiento. Por todo esto, en comparación con Sudáfrica (que anteriormente tenía un enfoque represivo), Suiza tenía mucha menos presión para buscar formas alternativas a las tradicionales para tratar a los delincuentes juveniles con el fin de establecer un enfoque más humano.

La cuestión de la *privación de la libertad* es probablemente el área en el que los enfoques de ambos países difieren más. En particular (y en lo que respecta al principio de última instancia), se puede observar que Suiza es un país muy restrictivo con respecto a dictar una sentencia de prisión, pero bastante generoso en lo que respecta al tratamiento institucional en el ámbito del bienestar social como parte de una sentencia, mientras que en Sudáfrica la tendencia es inversa. Esto se aplica al momento anterior y posterior a los recientes procesos de reforma y podría reflejar los muy distintos enfoques de ambos países para tratar a los jóvenes en conflicto con la ley en el pasado (bienestar social a diferencia de represión). En el contexto de la legislación internacional el enfoque restrictivo de Suiza respecto de las penas de prisión es el que tiene mejor recepción[12].

La manera sudafricana de tratar y aplicar las sentencias de prisión es la que genera mayor preocupación; las condiciones en las cárceles parecen ser en general inadecuadas, las sentencias de prisión todavía distan mucho de ser una medida de última instancia, las sentencias de prisión perpetua siguen siendo posibles con la nueva Ley y no se prohibió la aplicación de sentencias mínimas para los menores.

**Algunas conclusiones finales:**

Como mencionaba al principio de este artículo, los análisis llevados a cabo en el libro tienen el objetivo de encontrar respuestas a las siguientes preguntas: ¿la legislación internacional puede servir como nuevo modelo para la justicia juvenil y brindarles a los Estados una guía que les resulte de utilidad? ¿en qué medida los sistemas de justicia de Suiza y Sudáfrica cumplen con la legislación internacional (pasada, presente y futura), y en qué medida esta última ha influenciado el reciente proceso de reforma en los dos países?

El libro propone, en resumen, las siguientes respuestas:

- Sí, el marco de las leyes internacionales sobre los derechos del niño establece un nuevo modelo de justicia juvenil *('Modelo de los Derechos del Niño')*[13]. El estudio demuestra que en los últimos años el derecho internacional se ha utilizado cada vez más como guía para la reforma de la justicia juvenil y como base para estudiar o evaluar los sistemas de justicia juvenil y los distintos avances, de los cuales Sudáfrica es sólo un ejemplo[14].
- El *viejo Código Suizo de Justicia Juvenil de 1937* ya contenía algunos elementos importantes del más reciente Modelo de Derechos del Niño. Se considera que esto es consecuencia de que el marco internacional incorporaba algunos elementos del modelo de bienestar, que también influenció (fuertemente) a los autores del viejo Código Suizo: los conceptos de protección, separación, especialización y sanciones

11 Un enfoque que se puede encontrar también en las normas de redacción de sentencias (alternativas). Ver también N.º 8.

12 Las condenas a prisión están limitadas a jóvenes mayores de 15 años, con un plazo máximo de un año (excepcionalmente cuatro años para jóvenes mayores de 16 años), y la cantidad de jóvenes encarcelados es comparativamente menor.

13 Ver también Sloth-Nielsen op cit 98ff.

14 Un efecto beneficioso de dicha función del 'Modelo de Derechos del Niño' es que proporciona un instrumento útil para comparar distintos sistemas nacionales de justicia juvenil, tal como lo hacemos en este estudio.

individualizadas, apuntando a la resocialización.

La reciente *reforma de la ley suiza de justicia juvenil* logró mayor compatibilidad con las normas internacionales. Algunos ejemplos de esta tendencia se encuentran en los esfuerzos constantes para garantizar un tratamiento especial a los jóvenes en conflicto con la ley (leyes, procedimientos, autoridades e instituciones separadas), en el incremento de los derechos procesales y en la introducción de formas alternativas de tratamiento (si bien en una medida bastante moderada). No obstante, aunque resulte sorprendente, durante este proceso se hicieron escasas referencias a la legislación internacional.

- En *Sudáfrica,* el reciente proceso de reforma de la justicia juvenil se ha visto profundamente influenciado por la legislación internacional[15]. Esto significó que se pasara de un modelo de control del delito a un Modelo de los Derechos del Niño desde el advenimiento de la democracia en 1994. La legislación internacional fue un factor importante para conformar la nueva Constitución, la legislación y tomar decisiones importantes en el campo de la justicia juvenil y durante la redacción de la Ley de Justicia Juvenil. Pero sólo el tiempo dirá si este enfoque progresista podrá imponerse a los nuevos reclamos de represión y qué grado de éxito tendrá la aplicación (o profundización)[16] de la nueva ley.

En este punto se plantea la cuestión de por qué los dos países reaccionaron de forma tan diferente a las recientes tendencias en materia internacional. El último capítulo del libro formula posibles respuestas:

- En Suiza no hubo necesidad de implementar grandes cambios en el reciente proceso de reforma, ya que la vieja ley resultaba bastante compatible con las normas internacionales. No obstante, se mantuvieron algunas diferencias, en particular como resultado de la fuerte orientación al bienestar del Código Suizo. Por lo tanto, uno se puede preguntar por qué no se resolvieron tales divergencias. Quizás por cierto grado de negligencia, alentado por la presunción que detectamos en algunos Estados occidentales de que sus leyes se encontraban alineadas perfectamente con las normas internacionales de derechos humanos[17].
- Otra posible explicación podría ser que Suiza conscientemente quería mantener los procedimientos establecidos y las formas de tratar a los jóvenes en conflicto con la ley y que esto primó por encima de cualquier consideración.
- Por otro lado, la fuerte orientación a la legislación internacional del proceso de reforma de Sudáfrica se explica básicamente por la ausencia de políticas durante el inicio del período de transición (y de la reforma de la justicia juvenil), acompañada por una necesidad de orientación y la aspiración de adoptar principios y normas internacionalmente aceptados después de algunas décadas de estar excluidos de la comunidad internacional[18]. Este movimiento parece haber sido promovido por algunos elementos adicionales (posiblemente también atribuibles al proceso de transición), como la influencia de altos niveles de gobierno al principio del proceso de reforma, el apoyo permanente de un fuerte movimiento de promoción de los derechos del niño y el trabajo de un dedicado comité (*Portfolio Committee*). Además de esto, el proceso de reforma de Sudáfrica generalmente brilla por la intensidad con la que distintos actores han reflejado las distintas cuestiones de la justicia juvenil, utilizando al mismo tiempo la experiencia de otros.

**Comentario final**

Finalmente, quiero comentar que este viaje me dejó especialmente dos perspectivas: en primer lugar que es importante reconocer y valorar las particularidades nacionales, las cualidades y los logros del pasado, siempre que los haya (como la ley de justicia juvenil de Suiza); y segundo, que es importante permitirse periódicamente cuestionar lo que se da por sentado, mantener la apertura a los nuevos enfoques y estar dispuestos a aprender de otros (como hizo Sudáfrica). Creo que uno de los principales valores de los instrumentos internacionales es que sirven como base sólida para la reflexión.

**Dr. Ursina Weidkuhn*** iur. Maestría en Derecho, es un Juez de Menores (Jugendanwalt) en Suiza y conferencias en la justicia de menores.

15 Consultar también el estudio detallado de Sloth-Nielsen op cit.

16 En este estudio se observó como una de las fortalezas del proceso de reforma que algunos elementos (clave) de la Ley ya se han implementado.

17 Ver Neubacher Frank, Schüler-Springorum Horst, Einführung, en: Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht – Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarats, Bundesministerium der Justiz in Zusammenarbeit mit der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen (Hrsg.), Mönchengladbach 2001, 1.

18 Ver Sloth-Nielsen op cit.



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

# Legislación para familias indias no residente—un dilema

Anil Malhotra*

**Resumen del problema**

Existen muchos puntos en la legislación que afectan directamente a una porción considerable de la comunidad de indios no residentes (NRI, por sus siglas en inglés), es decir, las personas de origen indio que viven en el exterior[1]. Algunas de las situaciones que se presentan cotidianamente son:

- novias abandonadas por indios no residentes;
- padres NRI en búsqueda desesperada de sus cónyuges que han trasladado a sus hijos a la India, violando la orden de un tribunal extranjero;
- cónyuges desesperados en busca de apoyo y manutención;
- cónyuges no residentes que tratan de lograr la ejecución de sentencias de divorcio extranjeras en la India;
- hijos de un NRI difunto que desea transferir al exterior el producto de la liquidación de propiedades en la India;
- padres adoptivos extranjeros que intentan de manera desesperada resolver las formalidades legales indias para adoptar un niño de la India;
- oficiales extranjeros del Alto Comisionado que intentan comprender las prácticas habituales de matrimonio y divorcio preservadas por la legislación india; y
- oficiales de policía extranjeros que intentan comprender las complejidades de la legislación india en lo que se refiere a la encarcelación de personas que han cometido delitos en territorio extranjero.

De la misma manera, existe una gran cantidad de problemas para los NRI en relación con la sucesión y la transferencia de propiedades, las operaciones bancarias, los impuestos, la redacción y la ejecución de testamentos y otras cuestiones de índole comercial.

A pesar de que existen algunos recursos de reparación en la legislación india, los NRI pueden tratar de importar sentencias de tribunales extranjeros. Todavía en la India no se ha desarrollado jurisprudencia para abordar estos conflictos de competencia[2]. Por esta razón, es necesario elaborar urgentemente una nueva legislación. La legislación india convencional no se ha adaptado a los nuevos tiempos.

**El matrimonio y los hijos**

Según la legislación india, la ruptura irreparable del matrimonio no es causal de divorcio, y por esta razón los tribunales indios no reconocen las sentencias de divorcio emitidas en el extranjero. Un cónyuge indio abandonado que se encuentra en territorio indio y debe enfrentar un litigio matrimonial que tramita en un tribunal extranjero, sin contar con los medios ni la capacidad para defenderse o hacer el seguimiento del juicio, puede encontrarse en una situación desesperante.

Del mismo modo, es posible que un padre o una madre NRI viajen a la India con la intención desesperada de que se confirme en la India una orden de tribunal extranjero que apunta a impedir que su hijo sea retirado de la jurisdicción del tribunal que emitió dicha orden.

India no es país miembro de la Convención de La Haya[3] sobre secuestro de menores. Pakistán tampoco ha ratificado dicha Convención. Pero el 17 de enero de 2003, el Reino Unido y Pakistán firmaron[4] un Protocolo Judicial que incluía las disposiciones de la Convención de La Haya para el regreso de menores secuestrados a su país de residencia habitual. Hay una enorme necesidad por parte de la población civil de que la India también ratifique estas disposiciones[5].

**Posibles soluciones**

La legislatura india necesita revisar seriamente estos temas y sancionar leyes efectivas para evitar que los NRI se vean obligados a importar

[1] 30 millones de comunidades NRI se han asentado en 130 países.

[2] Llamado comúnmente “Conflicto de leyes en el área del derecho internacional privado”.

[3] Convención de La Haya sobre los Aspectos Civile[3] Llamado comúnmente “Conflicto de leyes en el área del derecho internacional privado”.

[3] Convención de La Haya sobre los Aspectos s del Secuestro Internacional de Menores, 1980.

[4] Por el Presidente de la División de Familia del Alto Tribunal de Inglaterra y Gales y el Presidente de la Corte Suprema de Pakistán.

[5] Recientemente, los gobiernos de Gran Bretaña y la India firmaron un tratado por el cual permiten la extradición de personas que han cometido delitos.

sentencias de países extranjeros para defender sus derechos.

Dichas leyes deben proporcionar herramientas que sean útiles para los ciudadanos indios. Hasta que no se haga esto, los tribunales indios continuarán tratando de interpretar sentencias extranjeras sin contradecir la legislación india y con la intención de proporcionar soluciones justas a las partes. El poder judicial de la India ha dejado algo muy claro: en los asuntos de familia, los tribunales indios no implementarán mecánicamente sentencias traídas de tribunales extranjeros. Los tribunales indios observan los detalles de cada caso y luego deciden una solución que respete la legislación india y que esté dirigida a defender los intereses superiores de las partes.

Ofrecemos las siguientes propuestas elaboradas con el fin de mitigar los problemas que encuentran diariamente los NRI en el derecho de familia indio.

**i. registro de matrimonios**

La legislación[6] actual establece que los gobiernos estatales de la India tienen la facultad optativa de llevar un registro de matrimonios. Los estados con gran migración de NRI deben establecer la obligatoriedad del registro de matrimonios (y hechos relacionados), particularmente cuando uno de los cónyuges es un NRI. Este asiento registral determinaría:

- la prueba del matrimonio;
- las condiciones de validez del matrimonio; y
- un elemento disuasivo de la bigamia.

También debe ser obligatorio que el cónyuge NRI registre su matrimonio en la Embajada o el Alto Comisionado correspondiente de la India, normalmente el que corresponde al país de residencia extranjero.

**ii. disolución del matrimonio**

Se debería introducir una causal de divorcio adicional sujeta a garantías: la ruptura irreparable del matrimonio, sólo para los casos en que por lo menos uno de los cónyuges es NRI. Esto requeriría la modificación de por lo menos dos leyes[7], y permitiría que los cónyuges NRI busquen reparación dentro del suelo indio y que los cónyuges indios residentes opongan su defensa en términos favorables y equitativos en los tribunales indios.

**iii. custodia y manutención de menores**

Para los casos en que uno de los cónyuges es NRI, se deben modificar las dos Leyes[8] mencionadas para abordar los siguientes temas:

- la custodia del menor;
- la manutención del cónyuge y los menores según el nivel de ingresos del cónyuge NRI; y
- la división de los bienes gananciales.

**iv. secuestro de menores**

Es necesario que la India ratifique la Convención de La Haya de 1980 sobre secuestro de menores para regular la confirmación y la ejecución de órdenes judiciales extranjeras. Hasta que no lo haga, los estados que tienen un alto índice de población NRI deberían crear enlaces con misiones y embajadas extranjeras en Nueva Delhi. De esta manera, los tribunales recibirían asistencia para garantizar la restitución de los menores a sus países de residencia. Las autoridades administrativas y policiales de estos estados indios deberían establecer pautas para asistir a los padres desesperados, que a menudo no saben a quién recurrir para pedir ayuda.

**v. adopción**

Es necesario simplificar los procedimientos de adopción entre países y sancionar legislación unificada al respecto para que exista un organismo gubernamental único que se ocupe exclusivamente de la adopción de menores indios por parte de indios no residentes. Los gobiernos indios con alto índice de población NRI deben establecer políticas comunes que sean respetadas por los organismos estatales, las autoridades administrativas y los centros de adopción para que se pueda brindar la asistencia adecuada en asuntos de adopción.

**vi. tribunales de familia**

Es necesario que se exija la creación urgente de Tribunales de Familia en aquellos lugares en donde todavía no se han creado[9]. Los tribunales de familia deben otorgar prioridad a la resolución de casos que involucran a un NRI.

---

6 Artículo 8 de la Ley de Matrimonios Hindúes, 1956.

7 La Ley de Matrimonios Hindúes, de 1955, y la Ley de Matrimonios Especiales, de 1954.

8 La Ley de Matrimonios Hindúes, de 1955, y la Ley de Matrimonios Especiales, de 1954.

9 De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Tribunales de Familia, 1984

**vii. propiedad y tribunales de aplicación de procesos sumarios**

Los gobiernos estaduales deben simplificar y optimizar los procedimientos relativos a:

- sucesiones;
- transferencia de dominio de propiedades;
- redacción, formalización y ejecución de testamentos; y
- repatriación de fondos de indios no residentes.

Se deben crear tribunales que realicen procesos sumarios para tratar los casos de acuerdo con un cronograma estricto.

El gobierno de Punjab introdujo[10] el juicio sumario para controversias relativas a bienes agrícolas, comerciales y residenciales. Sin embargo, en la mayoría de los estados con alto índice de población NRI no existen tribunales que realicen procesos judiciales sumarios.

**Conclusión: un comité para el cambio**

En mi opinión, los cambios mencionados anteriormente se pueden lograr ya sea a través de la aprobación de nuevas leyes dirigidas específicamente a resolver los problemas que aquejan a los NRI o realizando las modificaciones necesarias en la legislación vigente para actualizarla y de este modo dinamizar los procesos judiciales.

La Comisión Legislativa de la India ya presentó varios informes recomendando reformas en esta área. Se debería conformar lo antes posible un Comité Central de especialistas en el área de Derecho Internacional Privado con el fin de preparar una redacción preliminar que abarque todos estos cambios tan necesarios. Es importante indagar qué es lo que la India puede hacer por los NRI en vez de pensar qué es lo que los NRI pueden hacer por la India.

Lo que antecede es un resumen del libro de Anil Malhotra “La India, los NRI y el Derecho”, publicado por *Universal Law Publishing Company Private Limited*..

**Anil Malhotra**, un miembro de la Academia Internacional de Abogados Matrimoniales y prácticas

[10] Mediante la enmienda de la Ley de Limitaciones al Arrendamiento de Punjab del Este y la Ley de Seguridad para la Posesión de Tierras de Punjab.

## Espacio de contactos — Redactora

Recibimos muchos e interesantes e-mails con enlaces a sitios que le gusten a visitar y lo que estamos incluyendo en la Crónica para que usted pueda seguir adelante, como usted elija. Por favor, siéntase libre de dejar que me tienen vínculos similares para las futuras.Redactora

| De | Tema | Enlace |
|---|---|---|
| **Bernard Boeton*** Fondation Terre des Hommes (TdH) | El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR)<br>La detención de niños declarado ilegal 19/01 2010 | http://tdh-childprotection.org/content/view/1836/1/ |
| Fondation Terre des Hommes (TdH) | En el cuidado de los niños, ¿qué papel para la UE? | tdh-childprotection.org/content/view/1830/1/ |
| **Jean Zermatten*** Institut international des Droits de l'Enfant **(IDE),** Vice Chair UN Committee on Rights of Child | Mutilaciones Les génitales féminines"<br>Manual didáctico sobre MGF para Professionalsin Suiza Ciento treinta millones de mujeres que participan! (Fr)<br>Libro disponible en sitio web de IDE | www.childsrights.org |
| **IDE** | Publicaciones sobre Nepal y seminarios de China están ahora disponibles | www.childsrights.org |
| The Child Rights Information Network **(CRIN)** | Sitio web ofrece CRIN 18, 519 recursos de los derechos del niño, que incluyen información en cuatro idiomas (Árabe, Inglés, Francés y Español). | Email: info@crin.org<br>www.crin.org |
| **Consejo de Europa Sabrina Cajoly** | La labor del Consejo de Europa sobre los niños la justicia amistoso: evolución reciente | http://www.google.co.uk/search?hl=en&rlz=1W1GGIH_en&q=Council+of+Europe+Sabrina+Cajoly&btnG=Search&meta= |
| **Consejo de Europa** | 2 º informe de la reunión del Consejo el proyecto de Directrices de Europa sobre los niños la justicia amistoso | http://www.google.co.uk/search?hl=en&rlz=1W1GGIH_en&q=Council+of+Europe+2nd+draft+guidelines+on+child+friendly+justice&btnG=Search&meta=lr%3D |

## Rubrica del Tesorera — Avril Calder

**Recordatorio sobre las suscripciones**
A principios de 2010 mandé emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 20; Euros 30; CHF 45) y a las asociaciones nacionales.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para recordarles las posibles formas de pago:

1. pueden ir a la página de internet www.judgesandmagistrates.org, hacer click en suscripción y pagar usando PayPal. Este proceso consta de dos partes y es la forma más simple y económica de pagar; se aceptan todas las monedas. PayPal hace la conversión a GBP;
2. a través del sistema bancario. Estoy a su disposición para mandar detalles de cualquiera de las cuentas, la que mantenemos en GBP (£) y la de CHF (Francos suizos). Mi dirección de correo electrónico es ac.iayfjm@btinternet.com;
3. si el monto es de menos de 70 Euros, por cheque (ya sea en GBP o Euros) pagaderos a "International Association of Youth and Family Judges and Magistrates".

Si necesitan asistencia, no duden en enviarme un correo electrónico.

Por supuesto que siempre es posible pagar en efectivo si se encuentran con algún miembro del Comité Ejecutivo.

Sin sus suscripciones no sería posible producir esta publicación.

**Avril Calder**



XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ
www.aimjf-tunis2010.org.tn

**Reunión del Consejo en noviembre de 2009, Túnez,**

Petra Guder, Avril Calder, Hervé Hamon, Ridha Khemakhem, Oscar d'Amours, Joseph Moyersoen, Shakid Daoudi (ATUDE)

## Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2006-2010

| | | | |
|---|---|---|---|
| Presidenta | Justice Renate Winter | Austria | renatewinter@hotmail.com |
| Vicepresidente | Juez Oscar d'Amours | Canada | odamours@sympatico.ca |
| Secretaria General | Juez Nesrin Lushta | Kosovo | nesrinlushta@yahoo.com |
| Secretario General Adjunto | Juez Ridha Khemakhem | Tunez | cdh.justice@email.ati.tn |
| Tesorera | Avril Calder, Magistrada | Inglaterra | ac.iayfjm@btinternet.com |

**Consejo—2006-2010**

**Presidenta** - Renate Winter (Austria)
**Vice-presidente**- Oscar d'Amours (Canadá)
**Secretaria General** - Nesrin Lushta (Kosovo)
**Secretario General Adjunto** - Ridha Khemakhem (Tunez)
**Tesorera** - Avril Calder (Inglaterra)

Alejandro Molina ( República Argentina)
Juan Carlos Fugaretta (República Argentina)
Christian Maes (Bélgica)
Antonio A. G. Souza (Brasil)
Guaraci de Campos Vianna (Brasil)
Yang Chengtao (China)
Daniel Pical (Francia)
Frieder Dünkel (Alemania)
David Carruthers (Nueva-Zelanda)
Feridun Yenisey (Turquia)
Len Edwards (EEUU)

**Co-options**:
Corinne Dettmeyer (Paises Bajos)
Petra Guder (Alemania)
Hervé Hamon (Francia)
Joseph Moyersoen (Italia)

El último presidente inmediato es un miembro ex-officio del consejo y actúa en una capacidad consultiva sin derechos al voto.

## Chronicle Chronique Crónica — La Voz de la Asociación

Crónica es la voz de la Asociación. Es una revista publicada dos veces al año en los tres idiomas oficiales de la Asociación—inglés, francés y español. El propósito del Comité Editorial ha sido el de convertir la Crónica en un foro de debate para aquellos interesados en la administración de la protección del niño, en las zonas del derecho civil concerniente a los niños y los adolescentes y en la justicia juvenil, alrededor del mundo.

Crónica es una importante fuente de aprendizaje, informándonos sobre cómo otros han manejado problemas similares a los nuestros, y es invalorable en cuanto a la diseminación de la información recibida del mundo entero.

Con el apoyo de todos los miembros del 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 cisternas en los distintos países, respecto a la protección. Infantil y a la justicia juvenil; algunos números de Crónica focalizan en temas particulares por lo que los artículos giran en torno a ellos; finalmente, los artículos que son más largos que el largo recomendado y/o requieran un intenso trabajo editorial pueden ser dejados en espera hasta que se le encuentre un lugar adecuado.

Las contribuciones de todos los lectores son bienvenidas. Los artículos para publicación deben ser enviados en inglés, francés o español. La traducción a todos los tres idiomas esta cargo del Comité Editorial, por lo que ayuda enormemente el poder recibir los artículos con traducción a dichas lenguas. Los artículos, preferentemente, deberán ser de 1500-2000 palabras de largo. ‘’ Temas de interés’’, incluyendo nuevas temas, podrán llegar hasta 500 palabras de largo. Los comentarios sobre los artículos ya publicados son bienvenidos. Los artículos y comentarios pueden ser enviados directamente al Jefe de Redacción. Sin embargo, de no ser conveniente, los artículos también pueden ser enviados a cualquier que se indican en la pagina siguiente.

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

**Avril Calder, Jefe de Redacción,**
e-mail acchronicleiayfjm@btinternet.com

De ser posible se apreciará recibir los artículos en los tres idiomas oficiales, dirigidos a los correos electrónicos de cualquiera de los miembros del panel redactor. Nombres y direcciones de correo electrónico que figuran a continuación.

| | |
|---|---|
| Dr Atilio J. Alvarez | infanciayjuventud@yahoo.com.ar |
| Judge Oscar d’Amours | odamours@sympatico.ca |
| Cynthia Floud | cynthia.floud@btinternet.com |
| Prof. Jean Trépanier | jean.trepanier.2@umontreal.ce |
| Mónica Vazquez Larsson | Monimar50@yahoo.com |
| Dra Gabriela Ureta | gureta@vtr.net |



**XVIII CONGRESO MUNDIAL—Unidos en la Diversidad—21-24 ABRIL 2010, TÚNEZ**
**www.aimjf-tunis2010.org.tn**