

CHRONICLE CHRONIQUE **CRÓNICA**

Contenidos

		Page
Carta del Presidente	Juez honorario Joseph Moyersoén	4
Poner en práctica los derechos		
Derechos sociales en Brasil	Juez Eduardo Rezende Melo	6
Del fuero de menores al fuero de la responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires	Magistrada Patricia A Gutiérrez	8
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Juriste Christiane Brisson	13
Prácticas tradicionales nocivas	Dra Marta Maurás Pérez	19
Tribunal de Apelaciones—Sudáfrica	Ms Justice Belinda van Heerden	22
Tribunal de Apelaciones—Bangladesh	Mr Justice M. Imman Ali	27
Convención Europea—		
Corte suprema, Reino Unido	'Times' Law Report	30
Justicia favorable a los niños—Europa	Edo Korljan	31
Justicia favorable a los niños—Mercosur	Juez Eduardo Rezende Melo	36
Dejemos de trivializar el encarcelamiento	Benoît van Keirsbilck	38
OIJJ Conferencia internacional-resumen	Dra Cristina Calle	46
La competencia del Tribunal Juvenil—Nueva Zelanda	Linda Mc Iver	48
Reflexiones sobre la justicia de menores—Inglaterra y Gales	Avril Calder	50
Métodos restaurativos—un avance hacia la educación	Juez Sir David Carruthers	56
Un nuevo modelo de administración de casos en Nueva Zelanda	Juez Peter Boshier	59
La industria de la maternidad subrogada	Anil Malhotra	62
Involucrar al padre en los procesos de protección de niños	Juez Leonard Edwards	64
Homenaje a Mary Mentaberry		66
AIMJF		
La sección europea	Juez Joseph Moyersoén	67
Tesorera	Avril Calder	69
Espacio des contactos	Avril Calder	70
Consejo Ejecutivo 2010-2014		71
Crónica	Avril Calder	72

Derechos del niño

Ustedes recordarán que en cada edición de Crónica ponemos énfasis en un tema particular y a su vez les dedicamos espacio a otros temas que se deben difundir y a las contribuciones de los lectores. El tema destacado de esta edición son los derechos del niño.

Para comenzar, tenemos un artículo breve escrito por el **Juez Eduardo Rezendo Melo** y otros colegas de Brasil. Este artículo trata sobre un cambio radical que se ha producido en el enfoque que se utiliza en Brasil para aplicar medidas tendientes a la protección de los derechos del niño. Resumiendo, hubo una sentencia de la Corte Suprema que dictaminó que las autoridades no pueden utilizar la falta de recursos financieros como justificación para no adoptar medidas que garanticen los derechos del niño. Los lectores recordarán el *'cri de coeur'* de Bélgica sobre los efectos de la escasez de recursos en la justicia juvenil, que se publicó en Crónica en enero de 2008.

Gracias a la influencia de la CDN, en la provincia de Buenos Aires, Argentina, ha habido cambios rotundos en la administración de la justicia juvenil. La **jueza Patricia Gutiérrez** nos explica cómo y cuándo se efectuaron estos cambios y nos cuenta que hoy en día los tribunales respetan el proceso reglamentario con todas las garantías consagradas en la CDN.

El Instituto de los Derechos del Niño (IDE, Sion, Suiza) dedicó su conferencia de otoño de 2010 a las prácticas tradicionales nocivas como el matrimonio precoz, la mutilación genital femenina y la violencia doméstica. Nos complace anunciar que en esta edición se publican dos artículos presentados en dicha conferencia.

El primero es una reseña detallada de casos que se han presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos. La **jurista Christiane Brisson** describe la filosofía que está desarrollando la Corte y relata una serie de casos a través de los cuales se refleja la forma en que la Corte interpreta los artículos del Convenio Europeo en distintas situaciones.

El segundo artículo fue escrito por la **Dra. Marta Maurás Pérez**, de Chile, miembro del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, quien explica cómo trabaja el Comité y cuáles son los derechos consagrados en el Convenio que son violados por prácticas tradicionales nocivas.

La **jueza Belinda van Heerden** de Sudáfrica y el **juez Imman Ali de Bangladesh**, ambos jueces de tribunales de apelación, han contribuido con el relato de casos relacionados con la CDN y/u otros instrumentos internacionales. Estos casos demuestran que las convenciones internacionales les sirven de respaldo a los jueces en sus análisis

de los hechos de un caso y sus deliberaciones para alcanzar una decisión.

La opinión del niño es un constante objeto de debate en los tribunales de familia, por lo cual he decidido incluir el Informe Legal de 2010 del **Times**, en el cual la Corte Suprema de Inglaterra y Gales establece que, en virtud de los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta inadmisibles cualquier presunción de que no se debe escuchar la opinión de un niño en un tribunal.

Esto nos lleva sin escalas al tema de la justicia favorable a los niños. ¿De qué se trata esto? El Consejo de Europa se ha dedicado extensamente al tema. **Edo Korljan**, miembro del Consejo, nos explica brevemente el enfoque y describe el desarrollo de las Directrices que se han elaborado para que los Estados miembros adapten sus sistemas judiciales para facilitar el acceso de los niños a la justicia.

Contamos con un artículo escrito por jueces de su Asociación en el que se describe un proyecto sudamericano para desarrollar sistemas judiciales orientados a los niños en todos los países del **Mercosur**. Le doy la bienvenida a este nuevo contacto y espero que estos autores sigan contribuyendo con la revista en el futuro.

La cuarta Conferencia del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, realizada recientemente en Roma, abordó la implementación de un enfoque abarcativo que integraría el estudio de la salud mental y el abuso de drogas en los tribunales de justicia juvenil. La **Dra. Cristina Calle** tuvo la gentileza de escribir un informe sobre la Conferencia para este número de Crónica, y en el próximo número incluiremos algunas de las presentaciones realizadas durante la Conferencia.

Muchos niños que se encuentran privados de su libertad tienen problemas de salud mental, y muchos han tenido problemas de abuso de drogas. **Benoit van Kiersbilck** de Bélgica ha contribuido con un artículo que nos recuerda que privar a un niño de su libertad es una medida muy severa que en el largo plazo puede causar más daños al individuo y a la sociedad que las medidas alternativas. El artículo también cuenta con un resumen de los resultados que se han obtenido a través de investigaciones sobre los efectos del encarcelamiento en personas menores. Gracias a Benoit, el número de enero de 2012 tratará en profundidad acerca de investigaciones relevantes, especialmente estudios longitudinales. Les pedimos que tengan la amabilidad de pensar qué investigaciones les han resultado y les resultan valiosas para su trabajo y nos transmitan esa información. Además, si tienen alguna opinión que les gustaría

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

compartir con los demás miembros, me gustaría que me lo hagan saber.

Como ustedes saben, el Parlamento de Nueva Zelanda ha aprobado una ley que amplía los poderes del Tribunal de Menores y el rango de edad de los individuos que son procesados en dicho tribunal. **Linda McIver**, asesora del juez que preside el Tribunal de Menores de Nueva Zelanda, nos habla de las implicancias de esta ley.

También desde Nueva Zelanda, el **juez Sir David Carruthers**, reconocido mundialmente como una autoridad en justicia restaurativa, nos demuestra que las prácticas de justicia restaurativa son aplicables en otras áreas y nos habla sobre su uso en las escuelas.

La administración eficaz de los casos es un desafío para todos los tribunales. Después de evaluar varios sistemas de gerenciamiento de casos, el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda ha desarrollado un Proceso de Intervención Temprana. Los casos que presentan indicadores de gran complejidad o cuya solución parece muy difícil son identificados desde el comienzo para garantizar una supervisión judicial inmediata. El juez que preside el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda, **Peter Boshier**, nos explica el funcionamiento de este Proceso.

Desde la India, **Anil Malhotra** describe las propuestas de introducir legislación en materia de subrogación, que es una gran empresa y desde los Estados Unidos el **juez Leonard Edwards** (retirado) nos transmite algunos pensamientos sobre la necesidad de involucrar al padre en los procesos de protección de menores, un tema que según su opinión requiere tratamiento urgente y decidido.

Durante los años en que trabajé como jueza tuve algunos contactos con el Consejo Nacional de Magistrados de la Juventud y la Familia de Reno, Nevada, Estados Unidos, y he tenido la suerte de construir una amistad con **Mary Mentaberry**, que se retiró recientemente de su cargo de Directora Ejecutiva de dicha institución. Por esta razón, me complace enormemente poder publicar el cálido homenaje a Mary publicado en la prensa de los Estados Unidos. No me cabe ninguna duda de que ella continuará trabajando en pos de los intereses de los niños y jóvenes, y sinceramente espero que encuentre el tiempo para colaborar con la revista.

Por último, hay un informe de la exitosa inauguración de la Sección Europea. El juez **Daniel Pical** de Francia fue elegido presidente.

Les agradezco como siempre su constante apoyo. Y por favor, ¡sigan compartiendo sus artículos!

Avril acchronicleiayfjm@btinternet.com

Mensaje del Presidente—

Joseph Moyersoén

Un año difícil termina, comienza un nuevo año



Estimados miembros de la AIMJF,
el año 2010 se acaba de terminar. Este año se caracterizó por la extensión de los efectos de la crisis económica que por desgracia ha afectado a muchos de nuestros países, y que también ha tocado directa o indirectamente a los sistemas de justicia juvenil de algunos países con recortes de recursos humanos y económicos significativos y, en lo que respecta a menores en conflicto con la ley, con la discusión o aprobación de reformas más dirigidas a la represión y reparación, que a la prevención, tratamiento y rehabilitación de estos últimos. Esperamos que el año 2011 que acaba de comenzar, pueda llevar a una reversión de la tendencia en los aspectos mencionados. También es un tema sobre el que nuestra Asociación debe tener una atención especial.

En cuanto a la AIMJF, los nuevos Ejecutivo y Consejo han comenzado a trabajar y a reunirse periódicamente (el primero una vez cada mes utilizando Skype - a través de la modificación del Estatuto que se hizo en la Asamblea General en Túnez el 24 de abril 2010 - y el segundo una vez al año en Sión, Suiza, en la estructura de IDE - Instituto Internacional sobre los Derechos del Niño, donde está también la nueva sede de la AIMJF desde octubre 2010 (Mucho agradecemos al Presidente de IDE para su hospitalidad). Muchas acciones están en la agenda y me permito señalar algunas de ellas: el Plan de Acción 2011-2014 y la identificación del lugar y la agenda del próximo Congreso Mundial AIMJF en 2014. También les informo de tres nuevas herramientas que han sido establecidos por la Oficina para todos ustedes en este nuevo año 2011: la página web, los Forum on-line y la dirección de correo electrónico de los miembros del Ejecutivo.

A partir de febrero de 2011, la AIMJF finalmente tendrá su propio sitio web que responderá a esta dirección web: www.aimjf.org. Hasta el momento, la AIMJF ha podido disfrutar de la hospitalidad del sitio web de la Asociación Inglesa de Jueces y por esto le agradecemos muy cordialmente. La estructura del nuevo sitio web estará concebida de esta manera: siete páginas web públicas, clasificados por tema: "Quiénes somos", "Composición", "La Crónica", "Documentación", "Eventos", "Leyes", "Jurisprudencia". Por ahora, el sitio estará disponible sólo para los miembros de la AIMJF. En una sociedad cada vez más informatizada, en la cual los jóvenes están inmersos desde temprana edad en el uso de herramientas informáticas, consideramos que es fundamental contar con un sitio web, donde encontramos como Ejecutivo por Skype así como activar los Forum on-line.

Como muchos de ustedes ya saben a través de un mensaje por e-mail del Secretario General, hemos puesto en marcha los Forum on-line ya probados con éxito por la Asociación Italiana de Magistrados para la Juventud y la Familia y por otras organizaciones.

¿Qué es? Es muy simple.

Su e-mail se integra en un sistema que permite tanto a la AIMJF, en particular a su Secretario General, enviarle a través del correo electrónico info@aimjf.org de manera más práctica y inmediata informaciones relevantes en los tres idiomas oficiales de la Asociación, castellano, francés e inglés, (iniciativas, documentos, estudios, etc. de la AIMJF, y también de otras organizaciones que pueden interesarle). De otra parte le permite escribir directamente a otros colegas a través de esta dirección de correo electrónico en el Forum on-line preguntas - por ejemplo, información sobre el sistema de justicia de menores y la familia de otros países, ya sea en relación con las leyes y con la jurisprudencia, sino también en relación con los estudios e investigaciones y mejores prácticas sobre temas específicos - dudas o propuestas.

La inscripción para los Forum on-line es casi automática con el registro y el pago de la cuota anual a la AIMJF.

Espero que Uds. utilicen este instrumento, no sean tímidos y escriban sus preguntas, dudas y sugerencias.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Por último, pensamos que sería útil que dispongamos de direcciones de correo electrónico institucionales para contactar a los miembros del Ejecutivo. Por ello a partir de 2011, se han activado direcciones de correo electrónico específicas para cada miembro del Ejecutivo, para cualquier asunto relativo a la AIMJF:

Joseph president@aimjf.org

Moyersoén

Eduardo secretarygeneral@aimjf.org

Rezende Mello

Avril Calder treasurer@aimjf.org

chronicle@aimjf.org

Oscar D'Amour vicepresident@aimjf.org

Ridha vicesecretarygeneral@aimjf.org

Khemakhem

Aprovecho este mensaje para desearles a todos, en nombre del Ejecutivo y mío propio, mis mejores deseos para el Año Nuevo 2011 y que éste también sea un mejor año para la Justicia de Menores y de Familia.

Joseph Moyersoén*

Derechos sociales en Brasil**Juez Eduardo Melo y colegas**

Control judicial de políticas públicas y efectividad de derechos sociales en Brasil: un ejemplo en el marco de la garantía de los derechos de adolescentes en conflicto con la ley.

La introducción en Brasil de las acciones de clase (llamadas acciones civiles públicas) en 1985 y la previsión de su aplicabilidad para la garantía de derechos difusos o colectivos de niños y adolescentes en el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 produjo progresivamente un cambio decisivo en la interpretación jurisprudencial sobre la efectividad de los derechos sociales.

Tres fueron los fundamentos más importantes en este proceso. Primero, la obligación prevista en el artículo 4 de la Convención de los derechos de los niños, de dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención hasta el máximo de los recursos de que dispongan ganó una traducción en la Constitución de la República con la previsión de aseguramiento, con absoluta prioridad, a los derechos de niños, niñas y adolescentes (Art. 227). Este principio pasó a ser interpretado como ordenador de las actividades administrativas del poder público y limitante del poder discrecional del gobernante.

Segundo, un avance interpretativo sobre el grado de eficacia de las normas constitucionales, no más consideradas como de contenido programático cuando envuelvan a derechos fundamentales, sino dotadas de eficacia inmediata, asegurándose a los ciudadanos el derecho subjetivo a demandar jurídicamente su efectividad. Como el control de constitucionalidad en Brasil es difuso, o sea, todos los jueces tienen competencia para analizar la constitucionalidad incidental de cuestiones puestas al juicio, hubo una creciente discusión judicial sobre la efectividad de derechos sociales en el país.

Tercero, una profundización interpretativa sobre los límites presupuestarios para la efectividad de derechos sociales. El Poder Ejecutivo normalmente fundamentaba la imposibilidad de garantizar a los derechos sociales en razón de la escasez de recursos presupuestarios, llevando a la creación del concepto de "reserva de lo posible". Más aún, la jurisprudencia nacional evolucionó hacia la comprensión de que el poder público no puede dejar de cumplir promesas constitucionales de efectividad de derechos sociales si destina recursos presupuestarios para acciones menos prioritarias y de relevancia menor para los valores básicos de la sociedad. Así, no es el ciudadano o el Ministerio Público a quien cabe la demostración de la capacidad financiera del Estado, sino que, en razón de la prioridad de los derechos fundamentales y del derecho del ciudadano a su efectividad, el deber de probar la incapacidad financiera es del poder público,

maximizando la responsabilidad estatal propuesta, entre otras normas, por el artículo 4 de la Convención de los derechos de niños.

Con este contexto normativo y jurisprudencial, la búsqueda de la efectividad de los derechos sociales de niños, niñas y adolescentes creció en estrategias jurídicas y sociales, pues el Ministerio Público tiene el poder de ajustar la conducta del poder público en un acuerdo susceptible de ejecución judicial. La coercibilidad de las decisiones es garantizada sea por la posibilidad de imposición de sanciones pecuniarias, en decisiones prejudiciales (*in limine*), sea por la declaración de indisponibilidad de recursos presupuestarios, impidiendo que el poder público los utilice hasta la efectiva promoción del derecho en cuestión.

Con respecto a los derechos de adolescentes en conflicto con la ley, el caso en discusión pone en relieve esos avances interpretativos para garantizar la efectividad al derecho fundamental a la atención de adolescentes privados de libertad.

El Ministerio Público de Ribeirão Preto, una ciudad del interior del Estado de São Paulo (el más densamente poblado y rico de Brasil), intentó una acción contra el Gobierno del Estado para la creación de una unidad de semilibertad, o sea, un régimen de cumplimiento de medida socioeducativa privativa de libertad que permite actividades externas al adolescente durante el día, pero con la obligación de regreso por la noche y de permanencia en los fines de semana.

El juez local determinó, en decisión prejudicial, la creación de una entidad de atención a adolescentes, estableciendo un plazo para cumplimiento, so pena de multa.

El Gobierno del Estado interpuso recurso al Tribunal Estadual cuestionando el poder de la justicia de hacer tal determinación, invocando la cuestión de los límites presupuestarios para el cumplimiento de la decisión y el plazo establecido por el juez.

El Tribunal mantuvo la decisión y, con nuevo recurso a la Suprema Corte de Justicia de Brasil, hubo nueva confirmación con la reafirmación de la obligación de efectividad a los derechos sociales a la convivencia familiar, la educación, la dignidad de los adolescentes que necesitan este género de atención y que tienen derecho subjetivo a su concretización por intermedio del Ministerio Público, que les representa.

Eduardo Rezende Melo*

Brigitte Remor de Souza May*

Helen Sanches

Andrea Santos Souza*



Helen Sanches – fiscal en Brasil y presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados, Fiscales y Defensores Públicos de la Infancia y Juventud



Andrea Santos Souza – fiscal en Brasil y representante del país en el comité de la AIMJF



Brigitte Remor de Souza May – jueza en Brasil y representante del país en el comité de la AIMJF



Eduardo Rezende Melo – juez en Brasil y secretario general de la AIMJF

Del fuero de menores al fuero de la Magistrate Patricia A Gutiérrez, responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires



I. Introducción:

Desde 1990 y con más vigor a partir de 1994 (oportunidad en que se incorpora la CIDN a la CN¹), los principios de la "Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño" (DPI en adelante) y el modelo de Responsabilidad Penal Juvenil que le es inherente deben gobernar el Sistema Penal Juvenil. La DPI opta por un derecho penal mínimo, por un sistema de garantías, de responsabilización, reparación y cohesión social. Esto supone como lineamientos básicos y troncales del sistema un derecho penal del acto y de intervención mínima en el marco de un proceso penal acusatorio.

II. Adecuación de la legislación. Proceso Penal Acusatorio:

En la legislación relativa al derecho penal juvenil, abundan las redundancias. La ley 26.061² Nacional, como la ley 13.298 Provincial reeditan los lineamientos básicos establecidos en la CIDN. En los tres instrumentos jurídicos, se erige al interés superior del niño como principio rector, se fomenta su participación activa y se privilegia

su opinión. Se coloca a la familia en un lugar prioritario y protagónico en la contención, desarrollo e integración del niño. El Estado es responsable de la realización de los derechos del niño. Se desjudicializan los conflictos sociales que involucran al niño, desplazando la atención asistencial a la administración. Se reserva la instancia judicial para el control de la legalidad de la actividad administradora, para cuestiones jurídicas de naturaleza civil (Tribunal de Familia) o penal (Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil). Se descentralizan las políticas relativas a la infancia (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 14, 34 ley 13.298; 3, 16, 18, 65 ley 13.634; 1 a 7, 10, 24, 27, 32 ley 26.061, 3, 4, 5, 9, 12, 16, 18 CIDN y cdtes.)

En proceso penal de responsabilidad juvenil es regulado por la ley 13.634³ (complementaria de la ley 13.298). Se intenta incorporar la DPI al proceso penal, dejando a tras los resabios de la doctrina irregular a la cual estaba adscrito el decreto-ley 10.067 que la precede. Ello implica incorporar los principios, derechos y garantías constitucionales al derecho penal juvenil, los cuales han sido insistentemente eludidos en el ámbito de la infancia so pretexto de tutela (pese a las claras directivas de los arts. 18, 19, 75 inc. 22 CN, art. 40 CIDN, arts. 10 de la Const. Prov., 8 CADH, 14.3 PIDCP, y cdtes.)

Los principio de legalidad, reserva y culpabilidad por el acto no pueden convivir con la lógica de la doctrina de la situación irregular, cuyo eje de intervención es la "situación irregular" del menor, con independencia de la comisión de un hecho delictivo y sin el resguardo del debido proceso, estructurando el sistema sobre las bases de un derecho penal de autor y un proceso tutelar-inquisitivo

La ley 13.634, en líneas generales y en relación a los jóvenes punibles, conduce la legislación provincial por el camino de los arts. 12, 37 y 40 de la CIDN, los cuales diseñan un Proceso Penal Acusatorio, en el cual se aseguren las garantías penales y procesales del debido proceso a todo niño en conflicto con la ley penal.

¹ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

² Ley de aplicación obligatoria en la Provincia de Buenos Aires en todas aquellas materias que no son de incumbencia exclusiva de la provincia conforme a lo establecido por los arts. 5 y 31 CN.

³ Complementaria de la ley 13.298. El Título II, Capítulo IV, correspondiente al Procedimiento Penal de la ley 13.298 (arts. 53 a 63) fueron derogados por la ley 13.634

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La ley 13.634 asume las críticas doctrinarias y jurisprudenciales al viejo sistema, e intenta construir uno nuevo coherente con las directivas constitucionales. Establece un proceso penal acusatorio. Incorpora al proceso penal juvenil la figura del Fiscal y del Defensor (independiente del Asesor de Menores). Separa claramente la etapa de la investigación penal preparatoria de la del juicio así como las funciones y roles dentro de cada etapa. El juez que actúa durante la Etapa de Investigación Preparatoria no es el mismo que actuará en el juicio. El Agente Fiscal será quien recolecte la prueba y en su caso realice la acusación. La Defensa será ejercida por un Defensor oficial o particular. La ley nos recuerda una vez mas que los niños sujetos a proceso penal gozan de todos los derechos y garantías reconocidos por los mayores, previendo un plus de garantías especiales en función de su particular etapa de desarrollo (art. 36).

III. Prisión Preventiva:

Una de las modificaciones trascendentes respecto al viejo sistema de menores es la referente a la regulación de la prisión preventiva. La nueva ley se desprende de viejos eufemismos y establece los límites concretos del encierro cautelar condicionando su aplicación al cumplimiento de los requisitos constitucionales (conforme art. 75 inc. 22 CN, art. 37.b, 40 40.b. inc. i, 7.5, 8.2 CADH⁴, 9.3 PIDCP⁵, Regla 13 de Beijin⁶, Regla 6 de Tokio⁷)

En el proceso penal regulado por el decreto-ley 10.067 la prisión preventiva, bajo el artificio filantrópico de la medida de protección, quedaba exenta de los límites impuestos por el derecho penal. Tanto su disposición como su duración quedaban libradas a la discrecionalidad del juez, quien se encontraba facultado para “disponer” provisoria o definitivamente del niño “tutelado”.

La justificación más frecuente del encarcelamiento tutelar en el régimen anterior era la protección del niño asociada con su reinserción, rehabilitación o reeducación y la protección de la sociedad vinculada a la alarma social y la prevención de nuevos delitos.

La facultad de “disposición” de los jóvenes en conflicto con la ley penal otorgada por el D/L 10.067 (hoy derogado) y los arts. 2 y 3 de la ley 22.278 , aún vigente , aunque no válido bajo el prisma constitucional , debe interpretarse como la facultad del juez de adoptar una medida de naturaleza cautelar con fines procesales y no como medida de disposición tutelar con fines proteccionales , a fin de adecuar la norma a las exigencias supra legales .

El principio de inocencia y el respeto a la libertad individual confinan a la prisión preventiva a un lugar de excepcionalidad. La prisión preventiva constituye una medida excepcional, proporcional y provisional, por el tiempo más breve que proceda, aplicable siempre que no existe una medida menos gravosa, y con una finalidad procesal limitada a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo para asegurar la realización de la ley sustantiva (conforme la normativa citada ut-supra y jurisprudencia nacional e internacional sentada en casos “Suarez Rosero”⁸ y Velázquez Rodríguez⁹ de la Corte IDH, caso “Nápoli”¹⁰ y “M., D. E. y otro”¹¹ de la CSJN y caso “Famoso, Elizabeth” de la Cam.Crim y Correc. de C.F. ya citado, entre otros).

En concordancia con lo expuesto, la ley 13.634 admite la prisión preventiva como medida excepcional, subsidiaria y provisoria para “causas graves” (art. 43, 44).

La medida debe ser requerida por el Agente Fiscal. El juez de Garantías podrá decretarla “excepcionalmente” en audiencia oral con la presencia obligatoria del imputado, el Agente Fiscal y el Defensor del joven bajo pena de nulidad y un requisito previo: la gravedad de la causa. El artículo 43 inicia la regulación de la prisión preventiva diciendo “En causas graves...”, excluyendo a los otros supuestos. Cabe preguntarse a que hace concretamente referencia el término “causas graves”. Una primera lectura podría indicar que la “gravedad” esta vinculada con la valorización jurídica de los bienes afectados por el delito imputado.

⁴ Convención americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Incorporada en el art. 75 inc. 22 con jerarquía constitucional.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Incorporado en el art. 75 inc. 22 con jerarquía constitucional.

⁶ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

⁷ “Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad” aprobadas por resolución 46/110 del 14 de diciembre de 1990, en adelante “Reglas de Tokio”

⁸ Caso Suárez Rosero, Ampliación de Medidas Provisionales respecto del Ecuador. Resolución de 24 de abril de 1996, reimprimido en 1996 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [147], OEA/Ser.L/V/III.35, doc. 4 (1997).

⁹ Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 4 (1988).

¹⁰ Caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.”, CSJN, N° 284.XXXII, del 22/12/98..

¹¹ Caso “M., D. E. y otro” CSJN, 07/12/2005

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El inc. 4, aporta un elemento más para clarificar el concepto de “causas graves” al excluir de la prisión preventiva en los casos en los que el delito imputado tenga una pena en expectativa susceptible de ejecución condicional conforme el art. 26 del C.P.¹²

La ley impone para el caso del joven declarado penalmente responsable, un cuidadoso estudio y una reducción al mínimo posible de las sanciones que involucren la restricción de su libertad personal (art. 58 inc. 2 ley 13.634). Cuanto más cuidadoso y restrictivo ha de ser en el supuesto de la prisión preventiva ante un sujeto que se presume inocente.

A partir de la norma citada infiero que existe un vacío legal sobre la interpretación a efectuar por causa grave, ello es al decir de Roxin, si el juez se encuentra acotado por el texto legal, el mismo requiere ser interpretado.-En la causa 16921 del Juzgado de garantías a mi cargo la Excm. Cámara de garantías y apelación en lo penal, señaló que se trata de un concepto que requiere para su precisión el estudio del contexto en el que la conducta imputada tiene lugar.-Sin embargo tanto las reglas de Beijing, como las Directrices de RIAD otorgan parámetros interpretativos, las primeras en tanto en su regla 17 consideran un hecho grave si el mismo es cometido con violencia y las segundas; en las reglas (1, 3, 9, 12, 32 y 68) de acuerdo además con el contexto familiar, que a mi entender evidencia ante un hecho de extrema gravedad cometido por un menor que desempeñaron adecuadamente su rol principal concerniente a la educación y contención.-

Por ello considero como postura personal, al respecto del concepto de gravedad determinado por el art. 43 de la ley 13634, y atención la derivación supletoria al Código procesal penal, que según determina el art. 169, el concepto de gravedad debe complementarse con el monto de la pena que corresponde al delito cometido, dentro de un criterio restringido, para la procedencia de la excarcelación, resultando improcedente cuanto el delito tiene una pena mínima que supera los 3 años de prisión (art. 169 inc. 3 y cctes.) y una pena máxima que excede los ocho años (art. 169 inc. 1 y 2) y el juez a ello debe adunar la existencia de peligros procesales

¹² Art. 26 C-P.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

que debe inferirse además del monto de la pena como indicio de peligrosidad, con otros elementos como son la actitud o comportamiento durante el procedimiento, antecedentes, situación familiar, etc.).

El plazo máximo de la prisión preventiva es 180 días. Este plazo puede ser prorrogado excepcionalmente por el juez a requisitoria motivada del fiscal por un plazo igual (180 días) en los casos en que la complejidad de los hechos investigados o la pluralidad de presuntos autores así lo exija. Ello, siempre y cuando se halla producido la elevación a juicio. Ya que la investigación penal, cuando hubiere detenidos, no puede superar el plazo máximo de 120 días prorrogables excepcionalmente por 60 días (art. 48). Vencido el plazo para realizar la investigación, la medida cautelar carece de sustento, y el imputado debe ser puesto en libertad conforme lo establecido por el art. 43.

El Defensor del joven imputado podrá plantear la revisión de la medida dispuesta por el Juez de Garantía cada tres meses. El Juez de Garantías, a su vez, podrá decretar la libertad del procesado, aun con oposición del Ministerio Público Fiscal sin cumplir otra formalidad, cuando no hallare mérito para continuar la detención. Siempre mediante auto fundado (art. 50).

La prórroga y el cese de la prisión preventiva, bajo pena de nulidad, al igual que al decretarse la medida, será resuelta por el juez de garantías en audiencia oral con la presencia obligatoria del imputado, el Fiscal y Defensor bajo pena de nulidad

IV. Medidas alternativas:

Las características particulares que presenta el hombre en la etapa de su niñez y la adolescencia son las que justifican su tratamiento diferenciado dentro del sistema penal. La adolescencia es la primera experiencia que tiene todo sujeto con la dimensión colectiva de la vida, es “el salir” e iniciar la definición de uno mismo a través de experiencias propias. En este proceso es frecuente que exista dentro de la experimentación quebrantamiento de normas.

En este mismo sentido se ha pronunciado la CSJN, al considerar que los niños y adolescentes “...no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación...”¹³

Al respecto el juez Sergio García Ramírez, ha dicho en la OC 17 de la CIDH sobre la CDN que: “el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores. Esto no obsta, desde

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 2005/12/07 ~ M., D. E. y otro

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

luego, para que existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías) sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o incluso necesarias”.-

El Comité económico y social europeo, ha dicho que el modelo de responsabilidad penal juvenil trata de conjugar lo educativo y lo judicial, aplicando un modelo garantista más unas medidas de contenido eminentemente educativo. El derecho penal juvenil es así derecho penal más el bloque normativo de la protección integral, el cual no puede ser entendido sino como un sistema de reconocimiento de derechos en más que a los adultos pero nunca en menos o en interpretaciones en contra o violando la especificidad del fuero.-

De allí la importancia de las alternativas en el proceso penal juvenil. Se denomina “medidas alternativas” tanto a aquellas que implican la terminación del proceso penal y la remisión del conflicto a otros ámbitos de resolución de conflictos, como a aquellas medidas que se disponen como alternativa a la prisión preventiva o a la pena privativa de la libertad.

La adopción de estas medidas alternativas deberá realizarse en audiencia oral con la presencia obligatoria del joven imputado, su defensor y el Agente Fiscal. Debe advertirse que la adopción de “decisiones alternativas que pongan fin a la etapa preeliminar o al proceso” se encuentran incluidas dentro del artículo 43, que regula la prisión preventiva.

En la OC-17/2002 (caso n° 10.506 de Argentina, 15/10/96) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido respecto al art. 19 de la CADH (derecho del niño) afirmando que: “...las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego”...”Las reglas del debido proceso de hallan establecidas, principal pero no exclusivamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas de Beijing, las reglas de Tokio y las directrices de Riad...”

En consecuencia la posibilidad de contención debe ser avalada a la luz de su protección integral (art. 3 CIDN y demás instrumentos internacionales de derechos humanos). corresponde resolver en razón de la obligación asumida por el Estado argentino entre otros instrumentos internacionales por el Pacto de San José de Costa Rica el cual en su art.19 el que es interpretado por la Corte Interamericana a la luz de la CIDN (OC 17), el que determina que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, y del Estado”; por lo que a los fines de la protección integral del joven deben arbitrase nuevas estrategias a seguir por la Suscripta específicas para cada caso en particular (art. 3 CIDN) ya que a todo juzgador le

corresponde la aplicación y la interpretación de la ley al caso concreto en particular, elaborándose aquella que mejor satisfaga las necesidades.

V. Conclusión

La ley 13.634 finalmente estructura un proceso penal para los jóvenes donde se respetan los derechos y garantías propios del debido proceso, mas el “plus” de derechos y garantías que exige su especial condición de personas en desarrollo. Un proceso sustentado en un sistema acusatorio, en el cual la legalidad excluye la discrecionalidad del juez “buen padre de familia”; un proceso en el cual se introduce la bilateralidad y donde las medidas de coerción son la excepción y por el tiempo más breve posible. Sin embargo, la ley 13.634 no logra despojarse plenamente de la herencia tutelar respecto a los niños no punibles (arts. 63 y 68).

La transición del paradigma tutelar hacia el paradigma de la protección integral de derechos nos exige repensar a la infancia, desterrar prácticas y conceptos profundamente arraigados y una recuperación de las formas democráticas de convivencia social en todos los ámbitos, principalmente en el cultural, jurídico e institucional.

La DPI como cambio de paradigma implica protección de derechos también en el ámbito penal, puesto que la noción y principio rector de la misma es el INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, no solo principio rector, de interpretación también de normas procesales, sino como principio GARANTISTA en el derecho penal juvenil, interpretado aún en las decisiones penal y en toda interpretación legal como SATISFACCION Y NO RESTRICCION DE DERECHOS, lo que implica que los operadores debemos resolver dotando de REAL CONTENIDO en torno a este interés superior, las soluciones jurídicas a adoptar tanto en la forma como en el fondo respecto de los niños y jóvenes sometidos a proceso penal, teniendo en cuenta que ante la comisión de un delito es deber del Estado, dotar al proceso penal juvenil de un catálogo de alternativas a las medidas de coerción desde la advertencia a la amonestación a la semilibertad, ya que implementar el sistema de Protección Integral instaurado por la ley 26061 y reglado en cuanto a la forma por la ley 13634 no implica solamente acotar el tema con el mero hecho de la reglamentación de tales leyes, sino que ello debe ir acompañado de una serie de acciones por parte del Estado que torne efectivos en la práctica los derechos y garantías que hacen al proceso penal de los jóvenes en conflicto con la ley penal, intentando reducir la vulnerabilidad que el mismo proceso penal en sí implica para los jóvenes infractores por ser el derecho penal la rama legal más dura y que tiene ingerencia no solo en su vida personal sino también familiar sin perderse de vista sin embargo ante los postulados del garantismo clásico que el mismo en el proceso penal juvenil debe ser reinterpretado dotando de

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

contenido a este nuevo proceso, pues las Reglas de Beijing (regla 46) establece por ejemplo dentro de la prevención especial, que el tema no se agota allí sino que es necesario dotar de “protección integral” a los casos concreto debiendo poner el contenido en torno a dichas reglas siendo factible tomar todas las medidas de protección necesarias para evitar que los jóvenes

en conflicto con la ley penal vuelvan a repetir sus conductas delictuales.

Patricia A Gutiérrez* Jueza a cargo del Juzgado de Garantías del joven n° 1 del Departamento judicial de Mar del Plata, Argentina.-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos— las prácticas nocivas y los procesos jurídicos

**Juriste Christiane
Brisson**



La mutilación femenina, los matrimonios precoces, etc., son prácticas que pueden parecer de otra era, pero aún persisten en medida considerable en muchos lugares del mundo. Dadas sus drásticas consecuencias, éste es un tema que debería preocuparnos a todos.

El Convenio Europeo, que protege los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha sido ratificado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Dichos Estados se han comprometido a respetar las disposiciones del Convenio y a garantizar la existencia de recursos de reparación efectivos para cualquier posible violación de estos derechos. El Convenio es una herramienta importante para la protección de los derechos y libertades, ya que garantiza el goce de los derechos reconocidos en su texto. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) tiene un rol importante en la tarea de garantizar la protección efectiva de estos derechos debido a su competencia de nivel internacional. La Corte tiene un enfoque pragmático, centrado en los resultados, y considera que el Convenio Europeo es un documento vivo que debe ser interpretado a la luz de las circunstancias reales¹. La CEDH conoce de demandas presentadas ante ella bajo las normas del Convenio y con referencia a los antecedentes jurídicos existentes. Las sentencias emitidas por la CEDH no se aplican sólo a los casos resueltos en particular, sino que se utilizan también para aclarar, confirmar y desarrollar los principios del Convenio en general.

Una **práctica tradicional nociva (PTN)** se puede definir como:

- una acción (que no sea una norma social o una costumbre)
- que ocurre con cierta frecuencia (de forma tal que cobra la apariencia de una tradición),
- que tiene el objetivo o efecto de producir violencia física o psicológica
- y que causa un daño en el sujeto que es sometido a dicha acción.

El concepto de práctica nociva —que no es reconocida como tal por la CEDH— tiene un alcance más amplio que el artículo 3 del Convenio, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Hay varios artículos del Convenio que se pueden esgrimir contra las PTN: el artículo 2 (derecho a la vida); el artículo 3 (prohibición de la tortura); el artículo 4 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado); el artículo 6, inciso 1 (derecho a un proceso equitativo); el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar); el artículo 9 (libertad de religión); el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio); el artículo 2 del primer protocolo (derecho a la educación) y el artículo 14 (contra la discriminación)².

Las PTN pueden reflejarse en actos de naturaleza psicológica y física (e independientemente del hecho de que se hayan realizado efectivamente).

En primer lugar, debemos tener en cuenta varios tipos de actos.

Los casos que incluyen penas corporales reflejan el enfoque pragmático de la Corte. En el primer caso —Tyrer c. Reino Unido, 25 de abril de 1979—, una persona menor había sido regañada severamente ante la presencia de varias personas y recibió golpes en su cuerpo desnudo. Este castigo ponía al menor en la posición de un objeto, lo cual resulta una violación a la dignidad y la integridad de la persona, y su severidad hacía que éste resultara degradante, y por lo tanto representaba una violación del artículo 3 del Convenio. Por otro lado, en el caso Costello Roberts c. Reino Unido, del 25 de marzo de 1993, un joven estudiante había recibido algunos golpes sobre sus pantalones cortos en privado tres días después de haber cometido una transgresión. Aunque la naturaleza automática del castigo y la demora en administrarlo se consideraron dos aspectos reprobables, la Corte decidió que la pena no había excedido las prácticas

¹ Tyrer c. Reino Unido, 25 de abril de 1978, serie A, N° 26, páginas 15 y 16, artículo 31; Vo c. Francia (GC), N° 53924/0, 8 de julio de 2004, artículo 84; Ocalan c. Turquía (GC), N° 46221/99, 12 de mayo de 2005, artículos 4 y 5.

² Todas las sentencias y decisiones de la CEDH están disponibles en su sitio web, www.echr.coe.int, dentro de la base de datos HUDOC.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

disciplinarias aceptables y por lo tanto no violaba los artículos 3 u 8.

La violencia dentro del matrimonio o la familia, vinculada con la falta de adopción de medidas adecuadas para detenerla por parte de las autoridades, puede representar una práctica nociva. Por ejemplo, se determinó que el hecho de que los servicios de asistencia social no se ocuparan de brindarles atención a cuatro niños abandonados que presentaban indicios de maltrato físico es una violación del artículo 3 (Z c. Reino Unido, 10 de mayo de 2001). También se determinó que la falta de adopción de medidas para evitar la exposición de los niños a la violencia doméstica a causa del divorcio de los padres representa una violación del artículo 8 (Bevacqua c. Bulgaria, 12 de junio de 2008). En el caso Opuz c. Turquía, del 9 de junio de 2009, una madre y una hija habían sufrido agresiones por parte del marido. A pesar de la posición vulnerable de la demandante en el lugar del país en el que vivía, podemos decir que no se tomaron las medidas adecuadas para impedir que el marido cometiera actos de violencia repentinos. Se determinó que la falta de adopción de medidas por parte del Estado constituía una violación del artículo 3.

En el caso Scozzari y Giutta c. Italia, del 13 de Julio de 2000, se determinó que el Estado había incumplido el artículo 8 al no trasladar a niños que habían sido víctimas de pedofilia de una institución cuyas autoridades habían sido condenadas por abuso sexual.

En el caso Okkali c. Turquía, del 17 de octubre de 2006, acerca de un niño que había sido golpeado por la policía durante un interrogatorio respecto del cual la policía gozaba de inmunidad, se determinó que el sistema penal no proporcionaba un medio efectivo para impedir que se cometan este tipo de actos ilegales y garantizar el nivel de protección necesario.

Las personas que están privadas de su libertad se encuentran en una situación muy delicada que requiere una vigilancia especial. Según la resolución del caso Bati y otros c. Turquía, del 3 de junio de 2004, los tratos crueles a detenidos menores de edad constituyen una violación del artículo 3. Cuando un menor de edad detenido hace acusaciones de tortura y presenta al mismo tiempo lesiones injustificadas, el Estado tiene el deber de dar explicaciones satisfactorias sobre las causas de las heridas y llevar a cabo las indagaciones pertinentes. Si el joven no recibe la protección que su edad requiere, se considera que existe una violación del artículo 3, como en el caso Alkes c. Turquía, del 16 de febrero de 2010.

A menudo, el encarcelamiento puede derivar en malos tratos. Se puede considerar que hubo violación de derechos si una persona es confinada por un período prolongado en estricta soledad con rigurosos cacheos y traslados frecuentes. Estas condiciones violan las

disposiciones del artículo 3, tal como se determinó en el caso Khider c. Francia, del 9 de julio de 2009. Esto también es aplicable a las personas condenadas a muerte por el tribunal de un organismo no reconocido por el derecho internacional cuando éstas son mantenidas en confinamiento en estricta soledad con efectos perjudiciales en su salud, lo cual es comparable a un acto de tortura, según se determinó en el caso Ilascu c. Moldavia y Rusia, del 8 de julio de 2004. Por otro lado, no se considera que hubo violación del artículo 3 si la persona que se encuentra privada de su libertad es mantenida en confinamiento en soledad sólo durante períodos acotados y esto no causa un impacto en su salud, como en el caso Ramírez Sánchez c. Francia, del 4 de julio de 2006. Se puede considerar que existe un trato perjudicial cuando las condiciones sanitarias son insuficientes. En el caso Mordarca c. Moldavia, del 10 de mayo de 2007, se consideró que hubo violación del artículo 3 porque cuatro prisioneros fueron colocados en una celda de 10 metros cuadrados que no contaba siquiera con los servicios básicos; y también en el caso Florea c. Rumania, del 14 de septiembre de 2010, en el que un prisionero que sufría diversas enfermedades graves tuvo que compartir durante varios meses con otros 110 a 120 prisioneros una celda que tenía sólo 34 camas. El Estado debe adaptar las condiciones penitenciarias a las condiciones de salud de los prisioneros. En el caso Xiros c. Grecia, del 9 de septiembre de 2010, se determinó que el Estado había violado el artículo 3 al incumplir la obligación de adaptar el sistema penitenciario al estado de salud de un prisionero que estaba cumpliendo una condena a cadena perpetua a pesar de que las autoridades sabían perfectamente que éste sufría graves problemas de salud. También en el caso Slyusarev c. Rusia, del 20 de abril de 2010, se determinó que hubo violación del artículo 3 a causa de una demora de cinco meses en proporcionar anteojos a un prisionero que sufría una deficiencia extrema de la visión. Sin embargo, en el caso Gavrilita c. Rumania, del 22 de junio de 2010, se determinó que no proporcionar tratamiento médico para la tuberculosis durante el período de dos semanas transcurrido entre la fecha del diagnóstico y la liberación del prisionero no constituía una violación del artículo 3.

Se desestimaron dos demandas sobre **mutilación genital femenina**. La primera correspondía al caso de una nacional de Etiopía que pidió asilo en Rumania. En sus declaraciones alegó que había sufrido mutilación durante su infancia y que si era enviada nuevamente a Etiopía corría riesgos de sufrir tratos perjudiciales. No obstante, para deportar a una extranjera, la legislación de Rumania exige que las autoridades emitan una orden de deportación que se puede apelar judicialmente. En este caso, Negusse Mekonen c. Rumania, del 25 de noviembre de 1998, se determinó que la apelante no había sido víctima de ablación porque no había sido sometida a ella en cumplimiento de una orden ejecutiva. En el segundo caso, Collins y Akaziebe c. Suecia, del 8 de marzo de 2007, dos nacionales nigerianas habían solicitado asilo en Suecia. Las apelantes alegaron que no iban a poder protegerse de la mutilación genital y aludieron a la estigmatización y rechazo que padecen las mujeres que se niegan a someterse a esta práctica y a los problemas que implica establecerse en otra área. La Corte determinó que no había pruebas de que la apelante fuera incapaz de proteger a su hija de la ablación.

En el caso KH y otros c. Eslovaquia, del 25 de abril de 2009, se trató el tema de las agresiones físicas sobre las personas. Un grupo de mujeres de Roma sospechaban que habían sido esterilizadas por personal médico durante un embarazo o un parto. Alegaron que se habían violado sus derechos al negarles el acceso a sus antecedentes médicos argumentando que contenían información personal, además de generar un obstáculo para la presentación judicial del caso. La Corte determinó que, efectivamente, se habían violado los artículos 8 y 6, inciso 1.

Es posible considerar que existen tratos perjudiciales cuando una persona corre el riesgo de ser sometida a prácticas perjudiciales.

Podemos suponer que los alumnos de una escuela que emplea castigos corporales no experimenten un gran nivel de humillación por la posibilidad de ser sometidos a estos castigos, pero se puede considerar que existe una violación del artículo 3 si la amenaza es lo suficientemente real e inmediata. Sin embargo, en el caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, del 25 de febrero de 1982, se determinó que no se puede considerar que existe un trato degradante sólo porque un alumno siente miedo cuando está a punto de ser castigado con una palmeta.

En el caso Jabari c. Turquía, del 11 de Julio de 2000, la Corte determinó que consideraría que existía una violación del artículo 3 si se deportaba a un nacional de Irán que corría el riesgo de ser apedreado a muerte. Se determinó que existía un riesgo real de ser sometido a penas inhumanas en el caso de una persona que había sido condenada por un tribunal islámico a cien latigazos por fornicación. En el caso D y otros c.

Turquía, del 22 de junio de 2006, en el que una persona que se enfrentaba a la posibilidad de deportación demostró que tenía fundamentos serios para creer que corría el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes, se determinó que el Estado debía hacerse responsable. En el caso N c. Suecia, del 20 de Julio de 2010³, una mujer afgana apeló la denegación a su solicitud de asilo. Durante el proceso, la mujer se divorció y comenzó a vivir con un nacional de Suecia. Por esta razón, presentó una nueva solicitud de asilo, en la que señalaba que corría riesgos de sufrir violencia familiar y represalias si era deportada. Según la apelante, el hecho de que su forma de vida no se adaptaba a las tradiciones la iba a dejar expuesta a la violencia doméstica. Estos riesgos fueron reconocidos por la Corte como una violación al artículo 3.

En el caso YP y LP c. Francia, del 2 de septiembre de 2010, un miembro de la oposición política de Bielorrusia que ya había demostrado que había sufrido daños declaró que su retorno lo dejaría expuesto a la persecución política, a pesar de los acuerdos internacionales firmados en relación con la situación de Bielorrusia.

Se puede considerar que una práctica es nociva si tiene un impacto psicológico considerable.

Las prácticas antiguas de esclavitud doméstica o servidumbre aún existen. El caso Siliadin c. Francia, del 26 de julio de 2005, trataba sobre una mujer menor de edad que fue sometida a trabajo forzado. Aunque la situación no podía catalogarse como esclavitud, ya que sus 'empleadores' no habían tratado a la mujer como si fuera de su propiedad, se determinó que al obligarla a trabajar se la había colocado en condiciones de servidumbre. La legislación penal vigente en Francia no le había proporcionado a la víctima una protección firme y efectiva contra esta condición, lo cual constituye una violación del artículo 4.

El caso Rantsev c. Chipre y Rusia, del 7 de enero de 2010, trataba sobre una joven rusa que llegó a Chipre con una visa para artistas, trabajó durante unos días y luego dejó su trabajo. Varias horas después la encontraron muerta bajo circunstancias extrañas y misteriosas. Ante la demanda de que se había violado el artículo 2, la Corte determinó que las autoridades de Chipre no habían realizado una investigación adecuada sobre las circunstancias que rodeaban esta muerte. En referencia al artículo 4, la Corte determinó que la trata de personas utiliza poderes comparables a los que otorga el derecho de

³Al momento de redacción de este artículo, esta sentencia todavía no se ha tornado definitiva. Según el artículo 44 del Convenio, una decisión de la Corte se torna definitiva tres meses después de la fecha de su pronunciamiento siempre que no se haya solicitado la revisión de la sentencia o la Corte en pleno haya rechazado la solicitud de revisión de la sentencia.

propiedad; que los traficantes ven a las personas como bienes que pueden ser forzados a trabajar, y someten a la víctima a vigilancia, amenazas y violencia continuas. Se estableció que Chipre no había cumplido las obligaciones que le competen en virtud del artículo 4 porque no había establecido las disposiciones legales y administrativas necesarias para contrarrestar la trata de personas y la policía no había tomado ninguna medida para proteger a la mujer involucrada.

El matrimonio puede representar una práctica nociva para las personas involucradas, especialmente cuando se trata de matrimonios precoces o forzados. La Corte ha tenido la oportunidad de demostrar que la obligación que recae sobre las personas que contraen matrimonio de contar con la edad mínima legal para prestar consentimiento—incluso aunque la religión de los contrayentes permita el matrimonio a una edad menor—no se puede interpretar como una denegación del derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 del Convenio. El derecho a contraer matrimonio está sujeto a las leyes nacionales que regulan el matrimonio, según se estableció en el caso Khan c. Reino Unido, del 7 de julio de 1986.

A pesar de que los **procedimientos administrativos en los sistemas de arresto** no son exactamente ‘tradicionales’, la Corte ha decidido tener algunos de ellos en cuenta. En el caso Mubinanzila Mayeka c. Bélgica, del 12 de octubre de 2006, sobre un niño de cinco años que fue mantenido en soledad durante dos meses, separado de sus padres, en condiciones idénticas a las que se aplican a los adultos y sin ninguna persona que se ocupara específicamente de su cuidado, se determinó que esto constituía una violación del artículo 3 porque las condiciones mencionadas se podían considerar trato inhumano. Los Estados tienen la responsabilidad de proteger a los niños y de proporcionar las condiciones adecuadas para ellos. El arresto de más de un mes en un centro cerrado cuyo ambiente no es apto para niños puede generar daños psicológicos, incluso aunque los niños no estén separados de sus padres. Según la resolución del caso Muskhadzhiyeva c. Bélgica, del 19 de enero de 2010, en lo que refiere a los niños, esto constituye una violación del artículo 3⁴.

⁴ Vale la pena destacar que la Corte incorporó en sus reflexiones aspectos de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

Se puede decir que existe un trato perjudicial cuando la educación proporcionada a los niños va contra sus intereses o las creencias de sus padres. En el caso DH c. República Checa, del 13 de noviembre de 2007, los apelantes sostenían que habían sido víctimas de tratos injustos porque, sin ninguna justificación, se había colocado a sus hijos en clases para niños con menor inteligencia. La ley había discriminado injustamente a la comunidad romana⁵. Para rebatir la presunción de discriminación indirecta, hubiera sido necesario que el consejo de defensa del gobierno demostrara que esta diferenciación en el tratamiento de los niños surgía de hechos objetivos que no estaban conectados con su origen étnico. Como esto no fue posible, la Corte determinó que se habían violado el artículo 2 del primer protocolo (derecho a la educación) y el artículo 14 (prohibición de la discriminación). En el segundo caso —Orsus c. Croacia, del 16 de marzo de 2010—, un grupo de niños romanos había sido colocado en clases especiales en las que se les proporcionaba una educación restringida. Al establecer medidas que cubren, como esta, a todos los miembros de un grupo étnico en particular, es necesario proporcionar las justificaciones pertinentes. Como el Estado no había demostrado que estos niños tuvieran necesidades especiales, la Corte determinó que se habían ignorado el artículo 2 del primer protocolo y el artículo 14.

Las autoridades deben prestar especial atención a las creencias religiosas de naturaleza tradicional.

La prohibición del uso de velos islámicos en la cabeza en las universidades está basada en la necesidad legítima de preservar la naturaleza secular de dichas instituciones. En el caso Leyla Sahin c. Turquía, del 10 de noviembre de 2005, se determinó que no se había logrado demostrar que existía una violación del artículo 9 en combinación con el artículo 2 del primer protocolo. En lo que respecta a los símbolos religiosos en los salones de clase, el Estado debe evitar la imposición de creencias en lugares en los que las personas son dependientes o se encuentran en estado de vulnerabilidad. La exhibición obligatoria de símbolos religiosos es contraria al principio secular, dado que puede contradecir las creencias y la educación de los padres (Lautsi c. Italia, 3 de noviembre de 2009⁶). Cuando se brinda una educación religiosa, ésta debe cumplir con los estándares de objetividad y tolerancia pertinentes. El alumno no debería encontrar conflictos entre la educación que recibe en la escuela y la educación que recibe de sus padres. En el caso Hasan Zengin c. Turquía, del 9

⁵ Comunidad gitana (N. de edición)

⁶ Luego, el caso fue remitido a la Gran Sala. La audiencia se realizó el 30 de junio de 2010 y todavía no se ha anunciado la resolución de la Gran Sala.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

de octubre de 2007, se solicitó a los padres que declararan a qué religión adherían y no se respetó su libertad de religión, por lo que Corte determinó que se había violado el artículo 2 del primer protocolo. El hecho de que los padres solicitaran la exención de sus hijos de la enseñanza religiosa hizo que se les solicitara que revelaran a su vez cuáles eran sus creencias. La Corte determinó que el Estado no había cumplido su obligación de difundir información y conocimientos objetivos, críticos y amplios (Folgero c. Noruega, 29 de junio de 2007), lo cual representaba una violación del artículo 2 del primer protocolo. Cuando se impide a un niño tomar un curso de ética en lugar de un curso sobre religión, se considera que existe discriminación. El artículo 9 protege no sólo las creencias religiosas sino también la convicción de las personas ateas y agnósticas. Este tipo de discriminación injustificada contra los alumnos que no son creyentes constituye una violación de los artículos 9 y 14, según la resolución del caso Grzelak c. Polonia, del 15 de junio de 2010.

Algunos aspectos son irrelevantes a la hora de determinar si una práctica es nociva; por ejemplo, la visión del público respecto de la pertinencia de la medida, su efectividad o el hecho de que las violaciones a las disposiciones del Convenio no hayan sido intencionales.

En el caso Opuz c. Turquía, del 9 de septiembre de 2009, la Corte determinó que el hecho de que los Estados no cumplieran la obligación de brindar protección a las mujeres contra la violencia doméstica implicaba a su vez que no habían cumplido la obligación de brindar a las mujeres una protección legal equitativa, lo cual significaba que habían incumplido los artículos 2, 3 y 14. Un hecho no deja de ser degradante porque el público crea en su efectividad. No está permitida la implementación de castigos que violen el artículo 3. La Corte determinó que no importaba que se hubieran propinado golpes en lugar de efectuar un arresto (Tyrer c. Reino Unido, 25 de abril de 1978) o que se hubiera reducido el castigo a un punto en que resultaba meramente simbólico (DH c. Turquía, 22 de junio de 2006), dado que en ambos casos el castigo no había perdido sus características inhumanas.

La prohibición de la tortura y la crueldad es de carácter absoluto, independientemente de lo que haya hecho la persona sometida a ellas. Si una persona que estuviera condenada a un período en prisión por estar involucrada en actividades terroristas puede demostrar que correría un grave riesgo de ser ejecutada, su deportación representaría una violación del artículo 3 (Daoudi c. Francia, 3 de diciembre de 2009).

En el caso Gafgen c. Alemania, del 1 de junio de 2010, un oficial de policía había amenazado al apelante con someterlo a castigos extremos para inducirlo a revelar el paradero de un niño secuestrado. La prohibición de los tratos crueles se aplica sin excepción e independientemente de cuáles hayan sido las acciones del sospechoso o cuáles sean los motivos de las autoridades, incluso cuando está en peligro la vida de una persona. La amenaza inmediata de sufrir castigos severos es lo suficientemente grave como para ser clasificada como trato inhumano.

Se debe establecer un equilibrio entre las violaciones de derechos y libertades por parte del apelante y las demás disposiciones del Convenio.

Los miembros de una orden religiosa que se sometían a castigos corporales se quejaron de que la ley restringía sus derechos. Alegaron que el objetivo de la ley en cuestión era proteger a miembros más débiles de la sociedad contra la violencia doméstica y no debía por lo tanto limitar su derecho a la vida privada y familiar, su libertad de religión o su derecho a educar a sus hijos de la forma en que lo desearan (Siete individuos c. Suecia, 13 de mayo de 1982). En el caso Opuz se llegó a la misma conclusión: la obligación del Estado de legislar no debe interpretarse como una negación del derecho a la vida privada y familiar. En el caso Neulinger y Schuruk c. Suiza, del 6 de julio de 2010, sobre el secuestro internacional de niños, la Corte determinó que, para obtener el equilibrio adecuado, se debía poner en primer lugar el interés superior del niño.

El Estado debería adoptar medidas positivas para evitar los tratos crueles. La obligación de proteger a los niños se debe aplicar más a los medios que a los fines.

El Estado debe respetar el derecho de los padres a una educación que sea consistente con sus creencias religiosas y su punto de vista filosófico (Campbell y Cosans c. Reino Unido, 25 de febrero de 2002). El Estado debe hacer todo lo posible para no causar muertes y debe tomar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas (caso Opuz, citado anteriormente). La legislación penal no le había otorgado al apelante protección contra los actos que habían sido objeto de su demanda porque se habían ignorado las disposiciones relevantes (caso Siliardin). El Estado no debe hacer nada que exponga a un individuo a tratos crueles. No debe deportar a nadie que corra riesgo de ser asesinado, torturado u obligado a cambiar sus creencias religiosas. Del mismo modo, el Estado debe proporcionar recursos efectivos para la protección de los derechos garantizados por el Convenio (artículo 13); y debe realizar las investigaciones que correspondan para determinar si realmente se violó algún derecho fundamental (Falcoianu c. Rumania, 9 de julio de 2002). En principio, cuando se cometen violaciones de los artículos 2 o 3, debería ser posible el pago de una compensación monetaria por haber causado sufrimiento psicológico, según se determinó en el caso Bubbins c. Reino Unido, del 17 de marzo de 2005.

Desarrollos en derechos humanos

El principio esencial del Convenio es el respeto por la dignidad humana y la libertad. Todos los individuos tienen derecho a no ser sometidos a daños y a recibir alguna forma de reparación si lo son. El Convenio y la CEDH brindan protección firme y efectiva para estos derechos. Está empezando a quedar claro que hay una gran variedad de formas de defender y desarrollar los derechos humanos. Si miramos sólo al Consejo de Europa, podemos decir que hay muchos organismos que están trabajando para contrarrestar la incidencia de prácticas nocivas: el Comisionado para los Derechos Humanos⁷, el Parlamento del Consejo de Europa⁸, el Comité para la Prevención de la Tortura⁹ y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia¹⁰. La suscripción de acuerdos ayuda a respaldar al sistema judicial en la defensa de los derechos humanos. De hecho, las sentencias de la Corte cada vez hacen mayor referencia a los datos aportados por las ONG y demás organizaciones. Es importante tener un mayor conocimiento de la situación de cada Estado para lograr una mayor comprensión del contexto en que se realizan los procesos ante la Corte.

Christiane Brisson es una jurista que trabaja en la Corte Europea de Derechos Humanos.

El presente artículo es una versión editada de una charla ofrecida en octubre de 2010 durante el seminario IDE realizado en Sion, Suiza, sobre Prácticas Tradicionales Nocivas. Las opiniones expresadas pertenecen a la autora y no coinciden necesariamente con las posturas de la CEDH.

⁷ Responsable de difundir y promover el respeto de los derechos humanos.

⁸ El Parlamento emite recomendaciones y establece políticas para fortalecer los derechos humanos. Por ejemplo, en una recomendación del 5 de octubre de 2010 sobre la crueldad en instituciones para menores, les recordó a los Estados que deben tomar acciones firmes para respaldar las leyes que penalizan el maltrato de niños y brindar protección legal contra el maltrato de niños imponiendo controles externos a estas instituciones.

⁹ El Comité opera mayormente en las prisiones. Después de cada visita se envía un informe al Estado correspondiente con conclusiones, recomendaciones y la respuesta del Estado a los interrogantes del caso.

¹⁰ La Comisión analiza la información relevante y efectúa visitas. Su trabajo consiste en establecer relaciones con el sector de la sociedad involucrado y mantener un diálogo con las autoridades, con el objetivo de analizar la situación nacional y elaborar recomendaciones.

Prácticas tradicionales nocivas: el enfoque del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

Dra Marta Maurás Pérez



Enfoque del Comité

El enfoque principal del Comité con respecto a las prácticas tradicionales nocivas se basa en el artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) referido a la salud.

Artículo 24, inciso 3:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

Esto es especialmente aplicable a:

- la mutilación genital femenina (MGF), en relación con las lesiones causadas a las niñas/mujeres; y
- los matrimonios precoces o forzados, en vista de sus consecuencias negativas en la salud (violencia física, violación, problemas de desarrollo, salud mental).

La Convención, al ser un tratado global, ofrece otras posibilidades:

Artículo 6, apartado 1:

Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

Esto se aplica, por ejemplo, a los 'asesinatos por motivos de honor'.

Artículo 6, apartado 2:

Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Muchas prácticas tradicionales nocivas se pueden considerar perjudiciales para el desarrollo de los niños, como los tabúes

alimenticios y las prácticas de alimentación insalubres.

Artículo 34:

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales

Esto es aplicable, por ejemplo, a los matrimonios forzados o los matrimonios temporarios o "de placer".

Artículo 2 (no discriminación):

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna...

Artículo 2, apartado 1:

...independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Artículo 2, apartado 2:

...por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

El artículo 2 en general se aplica a casos de tratamiento desigual y perjudicial hacia las niñas (como la dote y otras costumbres relativas a la propiedad y la herencia) que se pueden considerar prácticas tradicionales nocivas.

Observaciones Generales del Comité

El enfoque del Comité se ha detallado en forma más específica a través de las Observaciones Generales.

Por ejemplo, en la Observación General N° 4 sobre Salud y Desarrollo Adolescente de 2003¹, el Comité solicita a los Estados Partes:

- que tomen todas las medidas efectivas necesarias para eliminar todos los actos y actividades que pongan en riesgo el derecho a la vida de los adolescentes, incluyendo los asesinatos efectuados por motivos de honor.
- que desarrollen y lleven a cabo campañas de concientización, programas de educación y legislación tendientes a modificar las costumbres imperantes y cuestionar los roles y estereotipos de género que contribuyen a que se perpetúen las prácticas tradicionales nocivas.
- que faciliten la difusión de información multidisciplinaria y centros de asesoramiento en donde se brinde información sobre los aspectos perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales, como el matrimonio precoz y la

¹ CRC/C/GC/2003/4 párrafo 24

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

mutilación genital femenina.

Y, en relación con el matrimonio precoz²:

- al Comité le preocupa especialmente la cantidad de matrimonios y embarazos precoces y que tanto la edad mínima reglamentaria como la edad a la cual se contrae efectivamente matrimonio, sobre todo en el caso de las niñas, son aún demasiado bajas en muchos Estados Partes. Esto tiene consecuencias negativas en la salud y, además, los niños que se casan, especialmente las niñas, a menudo son obligados a abandonar el sistema educativo y son marginados de las actividades sociales.
- el Comité recomienda enérgicamente a los Estados Partes que revisen y modifiquen, cuando resulte necesario, su legislación y sus prácticas para elevar la edad mínima para contraer matrimonio con y sin autorización de los padres a 18 años, tanto para las niñas como para los niños.
- el Comité también hace referencia a una recomendación similar del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)³.

La Observación General de 2005 sobre la Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia⁴ establece que:

- ejercer discriminación contra las niñas es una violación grave de derechos que afecta la supervivencia y todas las demás áreas de la vida de las niñas...
- ...además de coartar su capacidad de contribuir positivamente a la sociedad;
- las niñas pueden ser víctimas de abortos selectivos, mutilación genital, abandono e infanticidio, posiblemente a través de una alimentación inadecuada durante la infancia.

También es significativo el siguiente párrafo de la Jornada de Discusión General sobre las Niñas⁵ del Comité:

Varios Estados habían determinado que la persistencia de ciertas tradiciones y prejuicios era una de las dificultades principales que se oponían al disfrute de los derechos fundamentales por parte de las niñas y mencionaron a los matrimonios precoces y forzados y la circuncisión femenina e identificaron consecuencias como los riesgos de violencia, el abuso sexual dentro de la familia y los embarazos precoces.

Observaciones finales del Comité

Durante la última década, las observaciones finales del Comité sobre los informes⁶ de los

Estados Partes relevantes para el análisis de las prácticas tradicionales nocivas han indicado que:

- las prácticas tienen una base cultural muy fuerte;
- hay una creencia de que estas prácticas se realizan «en pos del interés» del niño;
- hay una gran presión por parte de la sociedad (los padres, la comunidad, etc.);
- las justificaciones utilizadas en favor de la mutilación genital femenina son que garantiza la castidad o belleza de la niña o que contraiga matrimonio en forma apropiada;
- las justificaciones utilizadas a favor del matrimonio precoz son que protege el honor de la familia, protege a la niña, libera a la familia de una carga económica y garantiza el futuro económico de la niña y su familia;
- hay una gran falta de conocimiento y comprensión acerca de los derechos humanos y los derechos del niño;
- se ha realizado poca investigación y se conoce poco sobre las consecuencias de la MGF, los matrimonios precoces y otras prácticas tradicionales nocivas; y
- las medidas tomadas por los Estados son mayormente legislativas.

El Comité hizo las recomendaciones correspondientes a estos países⁷.

Estudio de la ONU sobre violencia contra los niños

El capítulo 3 del Estudio Mundial de 2006 de la ONU sobre Violencia contra los Niños establece que:

- la mutilación genital femenina es una forma de violencia contra las niñas –una tabla⁸ describe la preponderancia de la mutilación genital entre las mujeres y sus hijas–;
- para abolir la MGF se requiere una prohibición clara, educación y concientización dentro de las familias y las comunidades, y movilización de la comunidad;
- los matrimonios precoces de las niñas... tienen consecuencias negativas significativas en la salud, el desarrollo y los derechos de las niñas. Las niñas menores de 18 años corren un gran riesgo de sufrir violencia física, sexual y psicológica por parte de sus maridos.

El estudio también menciona otras prácticas tradicionales nocivas, como la preferencia por el hijo varón, la brujería, etc.

Pakistán 2003 (CRC/C/15/A. 217) Pakistán 2009 (CRC/C/PAK/CO/3-4)

Pakistán 2009 (CRC/C/PAK/CO/S-A)

Irlanda 2006 (CRC/C/IRL/CO/2)

Angola 2010 (CRC/C/ANG/CO)

⁷ Níger 2002 (CRC/C/15/A. 179)

Pakistán 2009 (CRC/C/PAK/CO/3-4)

Irlanda 2006 (CRC/C/IRL/CO/2)

Angola 2010 (CRC/C/ANG/CO)

⁸ en la página 62 de la versión en inglés

² Ibidem párrafo 20

³ Recomendación general N° 21 de 1994

⁴ CRC/C/GC/2005/7, párrafo 10 (b[i])

⁵ CRC/C/38 párrafo 286, 23 de enero de 1995

⁶ Níger, 2002 (CRC/C/15/A. 179) Níger 2009 (CRC/C/NER/CO/2)

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El Comité y la Representante Especial de la ONU sobre Violencia contra los Niños, Marta Santos Pais [*miembro de nuestra Asociación*], están trabajando en estrecha colaboración para avanzar en estos objetivos. Todas las observaciones finales recientes del Comité han incluido una sección específica sobre el seguimiento de las recomendaciones del estudio y sobre la cooperación con la Representante Especial.

Resumen

El enfoque del Comité en relación con las prácticas tradicionales nocivas se basa en su impacto negativo:

- sobre la vida, el desarrollo y la salud en general;
- sobre la discriminación;
- sobre la educación; y
- sobre las actividades sociales.

El Comité considera que entre las prácticas tradicionales nocivas se encuentran la MGF, los matrimonios precoces y forzados, el aborto selectivo por género, la discriminación y la violencia relacionados con la costumbre de la dote, la propiedad o la herencia, las prácticas alimenticias perjudiciales, los asesinatos por motivos de honor y otras costumbres y rituales inhumanos y crueles como las quemaduras, los ataques con ácido, el planchado de senos, etc. No incluye el castigo corporal.

El Comité también identifica los riesgos de violencia, abuso sexual, infanticidio, VIH/SIDA y otras enfermedades sexuales, y la falta de educación. Aunque apunta a las niñas como las principales víctimas, el Comité no ha utilizado explícitamente un enfoque de género.

Durante los últimos años se pudo apreciar que el enfoque del Comité ha evolucionado:

- de instar a los Estados a que sancionen leyes a instar a los Estados a que apliquen y reglamenten legislación, entre la que se

incluye el enjuiciamiento de los victimarios;

- hacia un mayor énfasis en la concientización y la sensibilización;
- hacia una continuidad del trabajo realizado en conjunto con los líderes tradicionales;
- hacia una búsqueda de las mejores prácticas y de una mejor educación;
- hacia un enfoque de género más definido, tendiente a lograr el empoderamiento de las niñas para que decidan por sí mismas y tendiente a la protección de los niños y las niñas;
- hacia una búsqueda de nuevas maneras de abordar regiones y grupos específicos; y
- hacia el fomento de una mejor recolección de datos que pueda resultar en nuevas investigaciones y el diseño de políticas y programas basados en las pruebas.

La presente es una versión editada de una presentación de power point proyectada en octubre de 2010 en la conferencia del IDE sobre 'prácticas nocivas y derechos humanos'. Los dos organismos principales dedicados al abordaje de las prácticas tradicionales nocivas son el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Dra Marta Máuras Pérez es on miembro del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, electa por los Estados partes de la Convención para el período 2009-2013. Es miembro del Consejo Ampliado de la Fundación Chile²¹, del Directorio de la Corporación Latinobarómetro y del Consejo de Comunidad Mujer. Se desempeña como consultora independiente en asuntos de política social, derechos humanos y relaciones internacionales.

Tribunal de Apelaciones de Sudáfrica

Ms Justice Belinda van Heerden



La presente es una versión editada de una sentencia emitida el 26 de abril de 2000 por la **jueza Belinda Van Heerden*** (con voto concurrente del juez Van Reenen) en la **división provincial del Tribunal de Apelaciones de Sudáfrica [Cape Provincial Division of the High Court]** en el caso **S c. Kwalase 2000 (2) SACR 135 (C)**.

El acusado fue imputado de cometer el delito de robo en un tribunal de primera instancia del distrito de Ciudad del Cabo. Habiéndose declarado culpable, fue correctamente condenado por la jueza a tres años de prisión, 18 meses de los cuales se suspendieron por un plazo de tres años bajo la condición de que el acusado no fuera condenado nuevamente durante dicho período de tres años por irrumpir en una vivienda para robar, por tentativa de robo o por robo.

Cuando se me presentó este caso en la instancia de revisión automática¹, cuestioné la condena. La jueza de primera instancia me transmitió las razones que según su opinión justificaban la condena.

Según surge de los expedientes, aunque el acusado fue detenido el 21 de octubre de 1998, el juicio comenzó el 13 de octubre de 1999, y se dictó sentencia recién el 12 de enero de 2000. La demora entre la fecha de detención del acusado y la fecha en que comenzó el juicio se debió a que

el acusado no compareció ante el tribunal cuando debía hacerlo, el día siguiente a su detención, a pesar de haber sido advertido de esta obligación. Al no comparecer el acusado, se emitió una orden de encarcelamiento en su nombre. También surge del expediente que el acusado cometió otro robo mientras estaba en libertad, durante marzo de 1999, por lo cual fue condenado a tres meses de prisión directa el 20 de septiembre de 1999.

En la fecha en que se inició el juicio por el delito que es objeto de esta revisión, el acusado fue declarado culpable de cometer una contravención del artículo 72, inciso 2(a), de la Ley y fue condenado a pagar una multa de 200 rand o, en caso de incumplimiento de pago, cumplir un mes de prisión. Aparentemente, el acusado no pudo pagar esta multa y por lo tanto se encontraba cumpliendo su segundo período en prisión en el momento en que fue condenado por el delito que se encuentra actualmente en revisión en este tribunal².

En el momento en que cometió el delito, el acusado tenía solo 15 años y 11 meses de edad. En ese momento, el joven ya había sido condenado previamente una vez (el 30 de marzo de 1998) por irrumpir en una vivienda con intención de robar. En cuanto a este delito, el juez a cargo había suspendido la imposición de la pena por un plazo de tres años³, bajo la condición de que el acusado realizara 120 horas de servicio comunitario. En la declaración del acusado utilizada para atenuar la pena, éste dijo haber abandonado la escuela en junio de 1999, momento en el que se encontraba cursando el tercer año o ya había completado el tercer año. El acusado manifestó que deseaba regresar a la escuela para poder mantener a su madre en el futuro.

¹ E términos de lo previsto en la s 302, en relación con s 304, del Código de Procedimiento Penal, Ley 51 de 1977 ('La Ley').

² El delito tipificado en el artículo 72 inciso 2 de la Ley N° 51, Ley de Régimen Procesal Penal, de 1997, era el de no comparecer ante el tribunal el día siguiente a la detención, a pesar de haber sido advertido sobre la obligación de hacerlo en el momento de la liberación bajo fianza policial. Como este delito fue cometido antes de que comience el juicio, el acusado tuvo que cumplir esta condena después de completar la condena correspondiente al primer delito cometido (condena por robo impuesta el 20 de septiembre de 1999), por el que fue condenado a tres meses de prisión. Esto quiere decir que al momento en que fue declarado culpable y condenado por el robo objeto de esta revisión, el 12 de enero de 2000, el individuo estaba cumpliendo su segunda pena de prisión.

³ Según la s 297(1) (a) (i) (cc) de la Ley (en relación con la s 297(1A)),

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En el expediente no se expresa claramente si el acusado estaba, o había estado alguna vez, empleado, o dónde y con quién vivía en el momento en que cometió el delito y de ese momento en adelante. A pesar de esta escasez de información sobre las circunstancias personales del acusado, la jueza a cargo no se ocupó de obtener más detalles sobre estos aspectos, incluso aunque el acusado no tenía representante legal. La jueza tampoco solicitó a un funcionario de libertad condicional y/o un oficial del sistema penitenciario que realice un informe previo a la sentencia sobre el acusado.

Los tribunales han destacado repetidas veces la importancia de los informes previos a la sentencia en los procesos de condenación de menores delincuentes⁴.

La exención legal internacional, y constitucional a partir de 1994, que se aplica en Sudáfrica debe ser tenida en cuenta necesariamente por los tribunales sudafricanos para la imposición de condenas adecuadas a los menores delincuentes. La Constitución de la República de Sudáfrica⁵ establece que todos los niños tienen derecho a '*no ser encarcelados a menos que sea el último recurso posible*' y si correspondiera arrestarlos debe hacerse '*durante el período más breve que proceda*'. Esta disposición constitucional se aplica a todas las personas menores de 18 años⁶.

Además, el 16 de junio de 1995, Sudáfrica ratificó la *Convención sobre los Derechos del Niño* ('CDN') de las Naciones Unidas (1989) y, al hacerlo, asumió una obligación legal internacional de adecuar su legislación local a las disposiciones de la Convención (ver artículo 4). Varias disposiciones de la CDN '*hacen hincapié en la política de que los niños menores de 18 años que son acusados de cometer delitos deben ser tratados dentro del sistema judicial penal de forma tal que se tengan en cuenta su edad y sus necesidades especiales en la mayor medida posible*'⁷. Por lo tanto, el artículo 40, inciso 1, consagra el derecho de un niño en conflicto con las leyes penales '*a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reinserción del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*'. Según el artículo 37, inciso b, los niños podrán ser detenidos, encarcelados o confinados en prisión

'sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda'.

El Comité de los Derechos del Niño (el organismo supervisor creado por la CDN para impulsar la aplicación internacional de sus disposiciones) ha establecido categóricamente que las disposiciones de la CDN relativas a la justicia juvenil deben ser consideradas en forma conjunta con otros instrumentos internacionales relevantes⁸, como las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores* (1985) (las '*Reglas de Beijing*'), las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* (1990), y las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* (1990) (las '*Directrices de Riyadh*').

El enfoque de tratamiento hacia los menores delincuentes que figura en el artículo 28, inciso 1(g), de la Constitución de Sudáfrica y en los artículos de la CDN mencionados anteriormente se repite en diversos instrumentos, como las Reglas de Beijing. A los fines del caso que se encuentra en revisión, las disposiciones de las reglas 5 y 16 resultan especialmente significativas. Según las palabras de la regla 5.1, los objetivos del sistema de justicia juvenil son '*hacer hincapié en el bienestar de los menores y garantizar que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito*'. La regla 16 exige que, en todos los casos, a menos que se trate de delitos leves, '*se efectúe (antes de dictar sentencia) una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente*'. El Comentario a esta regla indica que estos '*informes sobre investigaciones sociales*' (lo que en Sudáfrica se conoce como informe previo a la sentencia) constituyen una '*ayuda indispensable*' en los procesos incoados a menores delincuentes.

⁴ Por ejemplo en Terblanche *The Guide to Sentencing in South Africa* (1999) at 378; en el caso *S v Jansen and Another* 1975 (1) SA 425 (A) at 427H-428A (Botha JA); and Erasmus J in *S v Z en Vier Ander Sake (and Four Other Cases)* 1999 (1) SACR 427 (E).

⁵ Ley 108 de 1996, sección 28(1) (g).

⁶ Ver s 28(3).

⁷ Ver Van Heerden et al Boberg's *Law of Persons and the Family* 2nd ed (1999) 865 in notis.

⁸ Ver a este respecto, Hodgkin & Newell *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (1998) 490-1, 540, 542-4.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La Constitución de Sudáfrica exige claramente que se cumpla el criterio de proporcionalidad en la imposición de penas a menores delincuentes (o mejor dicho, a delincuentes en general) y se limite la imposición de penas privativas de libertad especialmente en relación con los menores delincuentes⁹. Además, el artículo 39, inciso 1, de la Constitución establece que los tribunales, al interpretar la Declaración de Derechos [*Bill of Rights*]¹⁰ '(b) **deben** tener en cuenta la legislación internacional; y (c) **pueden** tener en cuenta la legislación extranjera'. (Énfasis agregado por el autor.) Por lo tanto, se deben interpretar las disposiciones de la Constitución de Sudáfrica relativas al tratamiento de los niños en conflicto con la ley penal¹¹ prestando atención a las disposiciones mencionadas de los instrumentos internacionales sobre justicia juvenil.

Por esta razón, el enfoque judicial sobre la imposición de penas a menores delincuentes debe ser reevaluado y desarrollado con el fin de promover una respuesta individualizada que sea no sólo proporcionada a la naturaleza y la gravedad del delito y las necesidades de la sociedad, sino que también se adecue a las necesidades del menor delincuente. Dentro de la medida posible, el funcionario judicial que dicta sentencia debe estructurar la pena de forma tal que promueva la reinserción del menor a su familia y a la comunidad.

En el marco de las disposiciones constitucionales e internacionales mencionadas en relación con los menores que delinquen, la Comisión de Reformas Legales de Sudáfrica (SALRC, por sus siglas en inglés) actualmente está trabajando en la redacción de un proyecto de ley destinado a abordar en forma integral el tratamiento de los menores que delinquen y crear un nuevo régimen procesal penal para dichos delincuentes. En diciembre de 1998, el Comité de Proyectos de Justicia Juvenil (proyecto N° 106) de la Comisión de Reformas Legales de Sudáfrica (SALRC) publicó el Documento de Debate N° 79, al cual se adjuntaba una versión preliminar del Proyecto de Ley de Justicia de Menores¹².

En conformidad con la Constitución de Sudáfrica y la legislación internacional relativa a menores delincuentes, este Documento de Debate recomendaba que las condenas privativas de libertad se apliquen sólo como último recurso en los casos que involucran a menores y que, cuando se impongan este tipo de condenas, se apliquen por un período mínimo, apuntando a favorecer la reinserción del menor en la sociedad. Las medidas no privativas de libertad se deben explorar y utilizar lo más posible, en conformidad con la política de cuidado residencial del Comité Interministerial de Menores en Riesgo¹³. También se recomendaba que el pedido de informes previos a la sentencia antes de imponer una condena a un menor delincuente se transforme en obligatorio¹⁴.

Las recomendaciones mencionadas del Comité de Proyectos en relación con la obligatoriedad del pedido de informes previos a la sentencia y la imposición de penas privativas de libertad (condena residencial) han sido ampliamente apoyadas, y es probable que estas recomendaciones se repitan en el Informe final y en la versión final del Proyecto de Ley de Justicia de Menores, que posiblemente se de a conocer antes de fin de año.

Teniendo en cuenta lo antedicho, creo que la jueza no utilizó las herramientas que estaban a su alcance para obtener suficiente información sobre las circunstancias personales del acusado antes de imponer la pena, pasando por alto uno de los elementos fundamentales para determinar la magnitud de la pena. Esto es especialmente relevante en este caso porque, como se mencionó anteriormente, el acusado no tenía representante legal¹⁵. De todos modos, entiendo que los jueces en este país deben lidiar con una serie de obstáculos importantes. Por ejemplo, la escasez de oficiales de libertad condicional, funcionarios del sistema penitenciario y trabajadores sociales, que a menudo genera demoras en la obtención de informes previos a la sentencia. No obstante, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional¹⁶:

'Si bien los edificios y recursos físicos disponibles no siempre pueden ser los más adecuados, opino que la nueva dinámica debe ser considerada como un oportuno desafío para que el Estado garantice la existencia y el funcionamiento de un efectivo sistema de justicia juvenil'.

Además, la lectura del expediente del caso en revisión sugiere que la jueza no contempló siquiera la idea de solicitar un informe previo a la

⁹ Ver, por ejemplo, Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* (1996, with looseleaf updates) 28-5-28-6.

¹⁰ Capítulo 2 de la Constitución.

¹¹ Especialmente, s 28(1) (g), en relación con ss 12 and 35.

¹² Ver a este respecto, Sloth - Nielsen 'Towards a New Child Justice System' (1999) 1 *Article 40* 4-5 and NICRO (National Institute for Crime Prevention and Re-integration of Offenders) *The Draft Child Justice Bill: 'What the children said'* (Community Law Centre, University of the Western Cape, 1999).

¹³ Ver párrafos 11.63-11.66 del Documento de Discusión y cláusulas 77 y 78 del proyecto de Ley sobre Justicia Juvenil.

¹⁴ Ver párrafos 11.90-11.95 y cláusula 70 del proyecto de Ley.

¹⁵ cf *S v Dhlulani* 1991 (1) SACR 158 (Tk) at 160 c-d.

¹⁶ En *S v Williams and Others* 1995 (2) SACR 251 (CC), 1995 (3) SA 632 (CC), 1995 (7) BCLR 861 (CC) at 883.

sentencia antes de imponer la pena. En mi opinión, esto es definitivamente insatisfactorio¹⁷.

Al leer la parte argumentativa de la sentencia, queda claro que, para tomar su decisión, la jueza tuvo en cuenta las condenas previas al acusado por irrupción en una vivienda y por robo. Este enfoque no me parece incorrecto; a pesar de que el acusado cometió el delito de robo en cuestión *después* del robo que dio lugar al caso que se encuentra en revisión, la jueza tomó correctamente la condena al acusado por este 'segundo' robo como un indicador de la personalidad del acusado¹⁸. Sin embargo, una de las razones esgrimidas por la jueza para dictar la condena impuesta fue que el acusado ya no tenía el estilo de vida de un menor. En este punto, opino que la jueza se equivoca. No había pruebas concretas para respaldar esta conclusión. El simple hecho de que un adolescente no haya ido a la escuela por varios meses (o incluso años) no demuestra que vive la vida de un adulto, especialmente cuando no está para nada claro dónde o con quién vive el adolescente, aunque esté o haya estado empleado¹⁹. Éste y otros aspectos materiales relativos a las circunstancias personales del acusado debían haber sido investigados en detalle por la jueza, preferentemente mediante la obtención de un informe previo a la sentencia.

También considero que la condena impuesta es demasiado severa. Además de la edad temprana del acusado (que actualmente tiene 17 años y cuatro meses), se debe tener en cuenta que éste se declaró culpable y que los bienes robados fueron recuperados inmediatamente por la policía. Está claro que el robo es un delito grave. Pero, aunque es cierto que los delitos graves ameritan la imposición de castigos severos, el tribunal debe proteger al acusado de la imposición demasiado apresurada de condenas ejemplares y no debe sobredimensionar la gravedad del delito y los intereses de la comunidad en detrimento de los intereses y las circunstancias personales del delincuente²⁰. Cada caso se debe juzgar en base a sus circunstancias particulares. La comunidad espera que se castiguen los delitos graves, pero también es del interés de la comunidad que se tomen en cuenta las circunstancias atenuantes y que la posición particular del acusado se tenga rigurosamente en cuenta, tal como ha sido contundentemente argumentado por Hoexter JA²¹.

También es importante tener en cuenta que, como se señaló anteriormente, el acusado tenía sólo 15 años y 11 meses en el momento en que cometió el delito. La temprana edad del acusado en ese momento es claramente uno de los factores que el tribunal debe tener en cuenta para dictar una condena adecuada. La culpabilidad moral del acusado se debe evaluar teniendo en cuenta, entre otras cosas, su edad y su nivel de madurez en el momento en que cometió el delito²². Por otro lado, la edad y la madurez del acusado en el momento de imposición de la condena también son factores relevantes para determinar qué condena se adaptaría mejor a la situación particular del acusado. Cuando un tribunal estudia la 'segunda pata' de 'la tríada conformada por el delito, el delincuente y los intereses de la sociedad'²³, las circunstancias personales (incluyendo la edad y el nivel de madurez) del acusado en *los dos* momentos mencionados deben formar parte de la búsqueda del equilibrio. Esto resulta especialmente importante en un caso como éste, en el que ha pasado un período de tiempo prolongado entre la fecha en que se cometió el delito y la fecha de imposición de la condena. En vista de esto, reitero que es difícil entender cómo hizo la jueza para determinar cuál era la condena más apropiada y de qué forma se podía adaptar dicha condena a las necesidades del acusado sin apoyarse en un informe previo a la sentencia.

Si aplicamos a este caso los principios mencionados con respecto a la imposición de penas a delincuentes menores de edad, debemos observar que en el momento en que se dictó la sentencia el acusado ya estaba cumpliendo su segundo período en prisión. Por lo tanto, podemos decir que lamentablemente a esa altura el acusado ya había estado expuesto a los múltiples efectos perjudiciales que conlleva el encarcelamiento en una prisión de Sudáfrica²⁴.

¹⁷ Ver a este respecto, *S v Quandu en Andere* 1989 (1) SA 517 (A) at 522J-524D.

¹⁸ Ver Du Toit *et al Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987, with looseleaf updates) B 27-2A and the authorities there cited.

¹⁹ Ver *S v T* 1993 (1) SACR 468 (C) at 469 g-h.

²⁰ Ver por ejemplo, *Terblanche op cit* at 219-20.

²¹ En *S v Quandu en Andere* (supra) at 522D - F).

²² Ver por ejemplo, *Terblanche op cit* at 224-5, Du Toit *Straf in Suid - Afrika* (Punishment in South Africa) (1991) at 55-6 and the authorities there cited.

²³ Ver *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A) at 540G.

²⁴ Ver a este respecto, *Terblanche op cit* at 244-6. Los particulares efectos perjudiciales de la prisión de infractores juveniles son gráficamente ilustrados en De Villiers (ed) ' *Children in Prison in South Africa - A Situational Analysis* (Community Law Centre, University of the Western Cape, 1998), así como por Erasmus J in *S v Z en Vier Ander Sake* (supra) at 430 j- 434 h .

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Por otro lado, la sentencia no privativa de libertad impuesta anteriormente al acusado (a saber, la suspensión de la imposición de la pena bajo la condición de que realizara 120 horas de servicio comunitario) no parece haber provocado el efecto deseado en el acusado. En función de las circunstancias mencionadas y teniendo meticulosamente en cuenta la 'tríada' de factores relevantes mencionada, opino que, en este caso, una pena adecuada sería un período de prisión en los términos del artículo 276, inciso 1(i), de la Ley. Esto significa que las autoridades de la prisión tendrán la facultad de convertir el encarcelamiento del acusado en un período de supervisión correccional si piensan que el acusado se beneficiará con la supervisión correccional y que merece la oportunidad de pasar menos tiempo en prisión. Según las palabras de Marais J²⁵, *'esto dará al acusado la posibilidad de convencer a las autoridades de la prisión, si puede, de que deben someterlo a un régimen de supervisión correccional en lugar de mantenerlo en prisión'*. Además, si efectivamente se coloca al acusado bajo supervisión correccional, esto servirá para cumplir los objetivos de controlar y 'hacer un seguimiento' de los menores delincuentes, tal como sugería Erasmus J²⁶, e, idealmente, ayudaría al joven a reintegrarse a su comunidad.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas, personalmente confirmaría la declaración de culpabilidad pero modificaría la condena impuesta para reemplazarla por la siguiente: doce (12) meses de prisión bajo las condiciones del artículo 276, inciso 1(i), de la Ley de Régimen Procesal Penal N° 51 de 1977.

Actualización

En julio de 2008, la Comisión de Reformas Legales de Sudáfrica publicó el *Informe sobre Justicia Juvenil* junto con una nueva versión de la Ley de Justicia de Menores. Al igual que su predecesor, el Informe recomendaba que se impusiera la obligatoriedad de solicitar informes previos a la sentencia antes de condenar a un menor en todos los casos excepto los relativos a delitos leves²⁷. Además, según las recomendaciones de la SALRC, dichos informes se deberían elaborar y presentar al tribunal dentro del mes siguiente a su solicitud²⁸. El Informe también recomendaba que se determine la imposibilidad de imponer condenas que impliquen una privación obligatoria de la libertad (por ejemplo, un período en prisión) a niños a menos que la autoridad competente considere que dicha condena se justifica por (a) la gravedad del delito,

la protección de la comunidad y la magnitud de las consecuencias sufridas por la víctima del delito; o (b) el hecho de que el menor no respondió previamente en forma satisfactoria a penas alternativas no privativas de libertad²⁹.

En cuanto al encarcelamiento, el Informe recomendaba que se determine la imposibilidad de imponer penas de prisión a menos que el niño tenga 14 años o más al momento de cometer el delito y existan circunstancias considerables e imperiosas para imponer una pena de prisión porque el niño ha sido declarado culpable de un delito grave o violento o porque previamente el niño no respondió en forma satisfactoria a una condena alternativa, como las sentencias que contienen un elemento privativo de libertad distinto del encarcelamiento³⁰. Se excluye la posibilidad de condenar a un niño a cadena perpetua³¹.

La mayoría de estas recomendaciones fueron aceptadas por el Parlamento y forman parte de la Ley de Justicia de Menores N° 75 de 2008, que entró en vigencia el 1 de abril de 2010³².

La Justicia Sra. Belinda Van Heerden *, el juez de la Corte Suprema de Apelaciones de la Corte del Sur de Europa Africa.The de los Derechos Humanos

²⁹ Ver cláusula 90 del proyecto de Ley.

³⁰ Ver párrafos 10.29-10.34 del Informe y cláusula 92 del proyecto de Ley.

³¹ Ver párrafos 10.27-10.28 del Informe y cláusula 95 del proyecto de Ley.

³² Consultar el artículo 71 (Informes previos a la sentencia), en virtud del cual el funcionario de libertad condicional debe entregar el informe lo antes posible, **a más tardar 6 semanas después de la fecha en que se solicitó el informe**. Consultar también el artículo 77 (Pena de prisión). Es importante destacar que, según el artículo 77, los tribunales de justicia de menores no pueden condenar a prisión a un niño que es menor de 14 años **al momento de ser condenado** por el delito. Además, el artículo 77, inciso 1, establece que si un tribunal de justicia de menores condena a un niño que tiene 14 años o más al momento de ser condenado por un delito, sólo debe hacerlo si es el último recurso posible y por el período más breve que proceda. El período máximo de prisión que se puede imponer a un niño es de 25 años (artículo 77, inciso 4).

²⁵ in S v T (supra at 470 d-e).

²⁶ in S v Z en Vier Ander Sake (supra) at 438 j -439 b.

²⁷ Ver párrafos 10.47-10.51 del Informe y cláusulas 85(1) y (2) del proyecto de Ley.

²⁸ Ver párrafos 10.47-10.51 del Informe y cláusula 85(6) del proyecto de Ley.

Tribunal de apelaciones de Bangladesh:

Mr Justice M. Imman Ali



[Sentencia del tribunal de apelaciones de Bangladesh: estado de Bangladesh c. Secretaría, Ministerio de Derecho, Justicia y Asuntos Parlamentarios y otros: sentencia emitida el 3 de septiembre de 2009 por el juez Md. Imman Ali](#)

[1] Los hechos de este caso se pueden resumir de la siguiente manera. Una niña de siete años fue presuntamente violada por un vecino y pariente lejano. Los padres de la niña, después de tomar las diligencias necesarias para brindarle tratamiento, la llevaron a una comisaría local para denunciar el hecho. Una vez registrado el caso en la comisaría, la niña fue derivada a un tribunal local, que ordenó que se la mantuviera bajo custodia para su seguridad en una Institución de Custodia para Seguridad (*Safe Home*) administrada por el Departamento de Bienestar Social. La niña era tan pequeña que no podía dormir sin su madre, y sus padres no estaban autorizados a quedarse con ella en la institución.

[2] Los hechos del caso llegaron a un juez de la Corte de Apelaciones (*High Court*) a través de una noticia transmitida por una emisora de televisión nacional el 10 de abril de 2009. El juez consideró que la niña estaba siendo retenida bajo custodia en forma ilegítima mientras se les negaba la custodia a sus padres, que estaban dispuestos a cuidar a su hija y eran aptos para hacerlo y, por lo tanto, emitió de oficio una orden de comparecencia contra el apelado para que demostrara por qué la niña no debía ser autorizada a abandonar la Institución de Custodia para Seguridad y una orden de que se dispongan las medidas necesarias para su protección en conformidad con la legislación aplicable. Además, el tribunal ordenó que, mientras estuviera

pendiente la audiencia correspondiente a la orden de comparecencia, la niña debía ser liberada inmediatamente de la institución para quedar bajo el cuidado de su padre. El tribunal también dispuso que el Jefe de la Policía Metropolitana debía determinar e informar al tribunal dentro de un plazo de siete días cuáles habían sido los hechos que derivaron en el confinamiento de la niña, y que el presidente del tribunal de primera instancia debía brindar una explicación dentro del mismo plazo para justificar bajo qué atribuciones había emitido el juez a cargo la orden de custodia para seguridad de una niña de siete años víctima de violación, negándoles la custodia a sus padres.

[3] El jefe de policía declaró que en la fecha en que la niña fue llevada ante el tribunal de primera instancia para prestar declaración, el juez de primera instancia no tuvo tiempo para tomar su declaración y envió a la niña a pasar la noche a la Institución de Custodia para Seguridad. Al día siguiente se tomó la declaración de la niña y el juez la envió nuevamente a la institución. El oficial a cargo de la comisaría local había solicitado al tribunal que permita que la madre de la niña permanezca con ella en la Institución de Custodia para Seguridad. El juez denegó este pedido argumentando que la ley no lo permitía. La niña fue liberada el 12 de abril de 2009 y volvió a estar bajo la custodia de su padre, sólo después de que interviniera el Primer Ministro.

[4] La explicación del juez de primera instancia fue que en la fecha en que la niña fue llevada ante él para que se le tomara declaración, ni los padres de la niña ni el oficial de policía de turno solicitaron, ya sea por escrito o en forma oral, que la niña fuera colocada bajo la custodia de sus padres. El juez rechazó la petición donde se solicitaba que se permitiera a la madre de la niña permanecer con ella en la Institución de Custodia para Seguridad argumentando que el tribunal no tenía la competencia necesaria para aprobar dicho pedido.

[5] La Corte citó el artículo 58 de la Ley de Niños, de 1974, que establece que en circunstancias similares a las del caso en cuestión, el tribunal tiene la discreción de ordenar que se envíe al niño a una Institución de Custodia para Seguridad o se lo encomiende al cuidado de un pariente o cualquier otra persona apta para el cuidado del niño bajo los términos y condiciones que el tribunal considere apropiados, aunque, si el niño tiene un padre, una madre o un tutor apto y capaz, según la opinión del tribunal, de ejercer un cuidado y un control adecuados sobre el niño y brindarle protección, el tribunal puede permitir que el niño permanezca bajo la custodia de dicha persona bajo los términos y condiciones que el tribunal considere apropiados.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

[6] La Corte de Apelaciones determinó que el juez de primera instancia había malinterpretado las disposiciones del artículo 58 de la Ley de Niños y que había actuado incorrectamente al ordenar que la niña fuera enviada a una Institución de Custodia para Seguridad basándose en que no había recibido ninguna petición de que se pusiera a la niña bajo la custodia de sus padres. El tribunal también determinó, luego de una lectura meticulosa del artículo 58 de la Ley de Niños, que la disposición tiene un efecto derogatorio en el sentido de que si un niño tiene un padre o una madre capaces, en la opinión del tribunal, de ejercer un cuidado y un control adecuados sobre el niño y brindarle protección, se debe otorgar la custodia del niño a los padres, y esto evitaría incluso la necesidad del tribunal de considerar las otras dos alternativas, que serían poner al niño bajo la custodia de una institución u hogar certificado o encomendarlo a un pariente u otra persona apta para su cuidado. Para que esta disposición tenga efecto no es necesario que los padres presenten ningún tipo de petición. Por el contrario, teniendo en cuenta la edad de la víctima y su brutal violación, el tribunal opinó que el juez de primera instancia debía haber notado que sería *"inhumano separarla de sus padres a tan tierna edad para enviarla a una Institución de Custodia para su Seguridad"*.

[7] La Corte observó que aunque Bangladesh suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, las autoridades relevantes y las agencias involucradas en la protección de los derechos del niño lamentablemente aún no están conscientes de cuáles son las disposiciones aplicables de las leyes e instrumentos internacionales vinculantes. Además, la Corte determinó que la negligencia del gobierno de Bangladesh con respecto a la aplicación de las disposiciones de la CDN ha generado numerosas anomalías en el sistema judicial de Bangladesh en la gestión de los casos que involucran a niños, ya sea como delincuentes o como víctimas. La Corte también señaló que en sucesivos informes del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se había expresado la preocupación por la falta de avances en Bangladesh en cuanto a la adecuación de la legislación local a las disposiciones de la Convención "con el fin de garantizar que los individuos y jueces que trabajan en cada etapa de los procesos administrativos y judiciales puedan invocar la Convención como base legal"¹. Por esta razón, el tribunal recomendó enfáticamente que el gobierno tome medidas en forma inmediata para sancionar leyes o reformar la legislación existente con el fin de garantizar la aplicación y el cumplimiento de todas las disposiciones de la CDN, ya que éstas

benefician a los niños y también reducen la cantidad de situaciones anómalas que pueden surgir en los casos que involucran a niños.

[8] La Corte de Apelaciones determinó que el desconocimiento de la ley y la incapacidad de comprender las necesidades de la víctima por parte de los funcionarios involucrados había provocado un inmenso e innecesario sufrimiento en una niña de siete años y aprovechó la oportunidad para efectuar 34 recomendaciones, algunas de las cuales se resumen a continuación:

8.1 Todas las personas que deben tratar con niños, incluidos los funcionarios gubernamentales y judiciales, deben ser sensibilizados y estar conscientes de las necesidades de los niños que envueltos en procedimientos legales;

8.2 En cada distrito se deben crear tribunales que traten específicamente los casos que involucran a niños en forma prioritaria; estos tribunales sólo tratarían otros casos cuando no tuvieran ningún caso pendiente que involucre a un niño;

8.3 Se deben crear una serie de normas con el fin de incorporarlas a la Ley de Niños para determinar específicamente las obligaciones y responsabilidades de los oficiales de policía, los funcionarios de libertad condicional, el tribunal y otros actores que participen en los casos que involucran a niños;

8.4 Cuando un niño sea llevado a una comisaría o ante un tribunal, el oficial de policía o el juez tienen la responsabilidad de determinar si el hecho de que el niño permanezca bajo la custodia de sus padres o su tutor no afecta su seguridad. Si es necesario, deberán pedirle al niño su opinión en forma confidencial y sin que sus padres o su tutor estén presentes;

8.5 Ningún niño deberá ser separado de sus padres o su tutor salvo en casos excepcionales, y si el niño no tuviera padre, madre o tutor, se deberá encomendar la seguridad del niño a un pariente u otra persona apta para su cuidado;

8.6 El gobierno de Bangladesh debiera tomar medidas positivas para difundir material sobre los derechos del niño con el fin de concientizar a todas las personas involucradas en los procesos jurídicos que afectan a niños, tanto a través de medios impresos como a través de medios electrónicos, incluyendo la televisión y la radio.

[9] Una vez realizadas estas observaciones y recomendaciones, la Corte emitió sentencia y ordenó que se enviaran copias de ésta al Ministerio de Derecho, Justicia y Asuntos Parlamentarios, al Ministerio de Asuntos Internos, al Ministerio de Mujeres y Niños, al Ministerio de Bienestar Social, a la oficina del Secretario Principal del Primer Ministro, al Presidente de la Comisión de Derecho, al Director General, al Instituto de Capacitación en Administración Judicial y su Presidente, y al Colegio de Abogados (*Bar Council*), para que tomen

¹ Observaciones finales del tercer y el cuarto informe periódico de la República Popular de Bangladesh, Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, junio de 2009.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

conocimiento e inicien las medidas necesarias. La Corte también ordenó que se enviara una copia de la sentencia a todos los funcionarios judiciales en servicio en la República de Bangladesh.

El juez Md Imman Ali* se encuentra en la División del Tribunal Superior de la Corte Suprema de Bangladesh. Es miembro del Consejo de AIMJF y también es miembro del Comité de Ética.

Libro de. Mr Justice Ali,
'Towards a Justice Delivery System for Children in Bangladesh—A Guide and Case Law on Children in Conflict with the Law' se publicó el 29 de enero de 2011 UNICEF 984-70292-0011-7-

Nota de la Editora:

*Estoy muy agradecido a **Judy Cloete***, Barrister, Sudáfrica, que amablemente abreviada la presente sentencia para su publicación. La sentencia completa está disponible en la Editora.*

La Convención Europea permite que los niños “The Times” Londres testifiquen—Corte Suprema Reino Unido

Corte Suprema, publicado el 8 de marzo de 2010

Sobre W (niños) (Casos de derecho de familia: pruebas)

Ante Lord Walker of Gestingthorpe, Baroness Hale of Richmond, Lord Brown of Eaton-under-Heywood, Lord Mance y Lord Kerr of Tonagmore. Sentencia del 3 de marzo de 2010.

La presunción de que los niños no deben ser llamado a testificar en los casos judiciales de familia no coincide con los derechos que les corresponden a todos aquellos involucrados en un proceso judicial según los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por lo tanto ya no puede considerarse apropiada. La Corte Suprema presentó este argumento cuando permitió al padrastro de una niña apelar una sentencia ante el Tribunal de Apelaciones (jueces Wall, Wilson y Rimer) que, el 9 de febrero de 2010, confirmó la negativa del juez de primera instancia a su solicitud para que la niña C testifique luego de haberlo denunciado de abuso sexual, en un proceso relativo al cuidado de cinco niños.

Sr. Charles Geekie, QC, y Sr. Michael Liebrecht en representación del padrastro; **Sra. Luanda Davis y Sra. Sarah Barley** en nombre de la autoridad local; **Sra. Kate Branigan, QC, y Sra. Maggie Jones** en representación de los niños.

La jueza HALE, que leyó el fallo del tribunal, se remitió al abordaje del caso *LM c. Medway Council, RM y YM* ([2007] 1FLR1698, párrafos 44 y 45), según el cual el punto de partida correcto era que un niño no debería prestar testimonio en procesos relativos a su cuidado; y, en todo caso, antes de hacerlo, debería justificarse especialmente la necesidad de su testimonio. Es posible que existan casos en los que resulte especialmente relevante el testimonio de un niño, pero no es común.

Históricamente, en los procesos penales y civiles los hechos controvertidos debían probarse ante el tribunal mediante testimonio oral realizado bajo juramento, que luego se ponía a prueba mediante contrainterrogación. Excepto en los procesos de guarda de menores, los testimonios de oídas eran inadmisibles en casi todos los casos, y eran absolutamente inadmisibles en los casos relativos al futuro de los niños en otros tribunales.

La Sra. Hale se refirió a los desarrollos legales que admiten los testimonios de niños en cualquier proceso civil sin prestar juramento y los testimonios de oídas en relación con la crianza, la manutención o el bienestar de los niños. También mencionó los desarrollos en materia penal en cuanto a la reducción de daños para los menores que prestan testimonio: consultar el *Informe del grupo asesor sobre pruebas en formato de video* (Informe Pigot, 1989), el *Memorándum gubernamental sobre buenas*

prácticas en interrogatorios a niños testigos grabados en video en el marco de procesos penales (1992), reemplazado en 2002 y 2007 por el *Informe sobre pruebas en procesos penales de Achieving Best Evidence* que contiene pautas para la protección de testigos vulnerables o intimidados, entre los que se incluye a los niños, y la Ley de Justicia Juvenil y Prueba de Delitos de 1999. Los procesos de derecho de familia han sido históricamente distintos a los procesos penales. En general, en los casos de familia se presentaba una gran cantidad de prueba documental, basada en gran medida en testimonios de oídas, a partir de la cual se elaboraba una conclusión. El niño involucrado en el proceso tenía varias formas de revelar su versión de los hechos. En los procesos relativos al cuidado de niños se utilizaban habitualmente grabaciones de entrevistas de Achieving Best Evidence, cuando se disponía de ellas.

A partir de la práctica, se notó que las respuestas a interrogatorios flexibles, realizados en entornos informales en forma casi inmediata a los hechos, podían resultar intrínsecamente más confiables que las respuestas a interrogatorios formales realizados en el entorno estresante de una sala de tribunal mucho tiempo después de los hechos. Aunque, a diferencia de lo que sucede en los procesos penales, en general en los procesos de derecho de familia no se sometía al niño a una contrainterrogación.

La legislación vigente establece una presunción en contra de la necesidad de que los niños testifiquen, presunción que puede ser refutada por cualquier persona interesada en interrogar al niño. Esto no coincide con el enfoque de la Corte Europea de Derechos Humanos, que siempre apuntó a lograr un equilibrio justo entre los derechos contemplados en las convenciones internacionales.

El artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos exige que los procesos sean justos y respeten el derecho del demandado a cuestionar las pruebas presentadas por la parte demandante. Incluso en los procesos penales se deben contemplar los derechos familiares de la presunta víctima, consagrados en el artículo 8.

En los procesos relativos al cuidado de niños, para lograr ese equilibrio tal vez era necesario abstenerse de llamar al niño a testificar, pero esto surgía como una conclusión en lugar de ser una presunción o un punto de partida. El objetivo de estos procesos era determinar en forma justa los derechos de todos los implicados.

El tribunal debía admitir todas las pruebas relevantes para resolver las siguientes cuestiones: si se había llegado a comprobar algún dato que justificara la intervención estatal; si así había sido, si sería indicado tomar alguna medida al respecto; y en tal

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

caso, qué medida sería la más indicada para proteger el interés superior del niño.

El tribunal no podía ignorar pruebas relevantes sólo porque otras pruebas podrían haber sido mejores, sino que su obligación era hacer lo mejor posible con las pruebas disponibles.

Para decidir si el niño debía ser llamado a testificar, el tribunal debía tener en cuenta dos factores: cuáles serían las ventajas que aportaría su testimonio para determinar la verdad y cuál sería el daño que esto podía causar en cuanto al bienestar de ese o cualquier otro niño.

Para que el juicio fuera considerado justo, debían tratarse todos los temas controvertidos en forma justa. El bienestar del niño era relevante pero no se le daba importancia primordial; el objetivo de los procedimientos era promover el bienestar del niño involucrado y de otros niños; y la audiencia no podía ser justa con ellos a menos que se les otorgara mayor peso a sus intereses.

Al sopesar las ventajas de llamar al niño a testificar o no, el tribunal debía tener especialmente en cuenta factores como la calidad de cualquier interrogatorio realizado en base a las pautas de Achieving Best Evidence, la naturaleza de cualquier impugnación presentada por alguna de las partes; la edad y madurez del niño y la cantidad de tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos que originaron la causa.

Estos factores también eran relevantes para evaluar el riesgo de ocasionar un daño al niño, así como otros factores específicos relativos al apoyo de la familia u otras personas vinculadas y a la propia opinión del niño. El criterio general era que si el niño no deseaba testificar, no debía ser obligado a hacerlo.

El riesgo de mayor demora también era un factor que se tenía en cuenta, así como los riesgos específicos de provocar daños al niño involucrado, y el tribunal podía utilizar las pruebas genéricas

referidas al daño que puede causarle a un niño prestar testimonio en juicio.

El riesgo de daño, y el peso que se le adjudicaba a este riesgo, podía variar según el caso. El tribunal siempre debía tener en cuenta este factor y no era necesario que obtenga opiniones de expertos para hacerlo.

En cualquier caso, el tribunal debía evaluar qué medidas se podían tomar para mejorar la calidad del testimonio del niño y al mismo tiempo disminuir el riesgo de daño.

En principio, el enfoque en los procesos de derecho familiar privado entre padres debía ser el mismo que en los casos relativos al cuidado de niños, aunque en cada caso los riesgos a ser considerados por el tribunal eran distintos.

La evaluación fundamental era si se podía hacer justicia para todas las partes implicadas sin necesidad de interrogar nuevamente al niño. El resultado de esta evaluación del equilibrio, cuando el tribunal se veía obligado a implementarla, en general era que los beneficios adicionales de llamar al niño a testificar no eran mayores que el daño adicional que sufría el niño.

Un padre sensato comprendería esto. Pero la conclusión de que esto no debería hacerse más que en casos excepcionales debería surgir de la práctica y no de una evaluación de factores límite.

El tema debería ser abordado en la conferencia de gestión de casos en procesos relativos al cuidado de niños o en las audiencias introductorias en procesos de derecho privado. La protección del niño durante el proceso no debería ser un tema que se trate sólo a petición de parte.

La pregunta acerca de si la niña C debería testificar en la audiencia se tendría que derivar al juez para que éste lo determine.

Abogados: **Dutton Gregory LLP; Departamento Legal del Consejo del Condado (County Council Legal Department); Larcomes LLP**



El 17 de noviembre de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó las Directrices sobre una justicia favorable a los niños con la intención de mejorar el acceso de los niños a la justicia y contribuir a la mejora del trato a los niños en cualquier instancia judicial.

La idea de redactar dichas Directrices surgió originalmente durante la XXVIII Conferencia de Ministros de Justicia de Europa, que se realizó en Lanzarote, España, en octubre de 2007. Las Directrices se redactaron utilizando un enfoque transversal y con el aporte de varios importantes comités directivos del Consejo de Europa en cercana cooperación con el Programa “Construir Europa con y para los niños”, que se lanzó durante la Cumbre de Varsovia del Consejo de Europa (2005). También fue importante que las Directrices tomaran en cuenta los antecedentes jurídicos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

El objetivo era crear un conjunto integral de Directrices sobre justicia favorable a los niños, que sirviera para ayudar a los Estados miembros a garantizar que los niños gocen de un mayor acceso a la justicia. Las Directrices lograron mejorar efectivamente el trato hacia los niños al sumarse a la gran cantidad de normas nacionales, europeas e internacionales que ya se hallaban vigentes. La intención es garantizar a los niños el derecho a ser escuchados en todas las etapas de los procesos judiciales y extrajudiciales. Las Directrices también promueven el derecho de los niños a estar informados, a ser representados y a participar, así como a proponer buenas prácticas y posibles soluciones.

Consulta a los niños

En la primavera de 2010, para garantizar que estas Directrices reflejen las visiones y opiniones de los niños, el Consejo de Europa decidió organizar un proceso consultivo en el que participaron niños y jóvenes de toda Europa. Esto se realizó con la ayuda de aproximadamente 30 organizaciones asociadas, entre las cuales se incluyen la Alianza por los Derechos del Niño de Inglaterra (CRAE), la Red Europea de Defensores de los Niños (ENOC) y UNICEF. La Dra. Ursula Kilkelly, una experta en derechos del niño, recopiló el material obtenido y elevó un informe al grupo de especialistas acerca de lo que habían opinado los niños y cómo deberían tomarse en cuenta sus opiniones para la redacción de las Directrices. Su informe completo, y una versión de éste adaptada para niños, están disponibles en Internet¹. El proceso consultivo se llevó a cabo con el generoso apoyo financiero del gobierno de Finlandia.

Durante el proceso consultivo, se solicitó a las organizaciones nacionales que distribuyan lo más posible un cuestionario sobre justicia favorable a los niños, y también se las alentó a utilizar otros métodos, como reunirse personalmente con niños y conversar con ellos. De esta forma, se recopilaron opiniones de niños, especialmente de los más pequeños, de aquellos a los que es difícil acceder y de otros grupos específicos, como aquellos que están en conflicto con la ley, bajo arresto y bajo custodia residencial. Estas organizaciones elevaron un informe al grupo de especialistas en el que se expresaban las opiniones de los niños y se efectuaban recomendaciones sobre cómo se podría fortalecer el texto de las directrices.

Fue la primera vez que el Consejo de Europa llevaba a cabo una actividad de este tipo, y su éxito probó que se debe usar este método nuevamente. Se ha recomendado que el Consejo de Europa adopte directrices sobre cómo se deben llevar adelante en el futuro estos procesos consultivos con niños.

En total, se obtuvieron alrededor de 3.800 cuestionarios respondidos por niños de 25 países distintos en los que se reflejaban las experiencias u opiniones de niños que han tenido contacto directo con el sistema judicial en distintos contextos y de niños que no han tenido contacto con el sistema judicial.

¹ Las Directrices están disponibles en www.coe.int/childjustice y www.coe.int/family

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Gracias a este proceso pionero se logró obtener abundante información sobre las opiniones y las experiencias de los niños con respecto al sistema judicial. Algunos de los niños que respondieron el cuestionario tienen entre 5 y 10 años de edad y la gran mayoría tiene entre 11 y 17 años de edad. Vale la pena mencionar que respondieron niñas y niños casi en igual número.

La mayoría de los niños y las niñas que respondieron el cuestionario habían tenido algún tipo de contacto con el sistema judicial, ya sea en el ámbito civil (generalmente en el área de educación o familia) o penal. En total, 2.094 niños manifestaron que alguna vez habían ingresado a una comisaría y 1.480 niños dijeron que alguna vez habían ingresado a una sala de tribunal. Fueron relativamente parejas las cifras totales de niños que informaron haber estado alguna vez en una oficina de abogado (895), un hogar (876) y un centro de detención (746). Al mismo tiempo, muchos menores que no habían tenido ningún contacto formal con la justicia manifestaron, sin embargo, que habían tenido contacto con la policía.

La gran mayoría de los niños expresaron que querían saber más sobre sus derechos y, cuando se les preguntó quién debería brindarles esta información, eligieron a sus padres u otras personas de confianza, aunque también mencionaron (en menor medida) a los trabajadores del área de infancia, abogados y maestros.

Internet fue la fuente más elegida por los niños como la preferida para obtener información sobre sus derechos. Las siguientes opciones preferidas fueron la televisión y los servicios comunitarios, como por ejemplo, los anuncios en oficinas de salud y servicios sociales o comisarías. También señalaron a la escuela como un buen lugar para obtener información. Sorprendentemente, las líneas telefónicas de ayuda no fueron ampliamente señaladas como un buen medio para obtener información. Esto podría indicar que los niños prefieren buscar la información por sí mismos y sólo después pedir ayuda.

Cuando se les preguntó si hablarían con alguien en caso de sentir que los estaban tratando mal, la mayoría respondió que hablarían con sus padres, sus amigos y sus hermanos (en ese orden). Las demás categorías, que incluían a los trabajadores de la salud, maestros, trabajadores sociales y de la infancia, oficiales de policía y abogados, no fueron mencionadas en sus respuestas a esta pregunta. Por lo tanto, podemos decir que es realmente importante que los niños sean escuchados por personas en las que confían.

Se solicitó a los niños que hablaran de las decisiones que se habían tomado sobre ellos. Los niños dijeron que las decisiones habían sido tomadas por un juez, oficial de policía o maestro en las áreas de derecho de familia, derecho penal y educación respectivamente. Sólo una escasa mayoría de niños habían estado presentes en los momentos en que se tomaron decisiones sobre ellos, y menos de la mitad de los niños indicaron que se les había ofrecido una explicación acerca de las consecuencias que tenía para ellos la decisión. Un poco más de un tercio de los niños dijeron que se les había solicitado su opinión, y menos de un tercio de los niños sentían que se había tomado en serio su opinión. En otra área del cuestionario, un tercio de los niños respondieron que no habían sido tratados en forma justa, lo cual resulta inquietante. Claramente, los niños entienden cuándo no están siendo tomados en serio por las autoridades competentes y cuándo no se les da la oportunidad de expresarse.

Una importante mayoría de los niños dijeron que habían recibido apoyo durante el proceso, y alrededor de la mitad dijeron que la decisión había sido tomada en un ambiente seguro y cómodo. La gran mayoría de los niños respondieron que les parecía importante tener a alguien de confianza junto a ellos durante el proceso. Alrededor de dos tercios dijeron que entendían la decisión que se había tomado sobre ellos y una cantidad similar de niños mencionaron que se les había explicado la decisión. Se les preguntó a los niños quién preferirían que les explique la decisión, y en su inmensa mayoría eligieron a la familia. Casi todos dijeron estar en contra de recibir explicaciones indirectas, como por ejemplo, en forma escrita.

Una gran mayoría de los niños dijeron que les parecía importante poder decir su opinión y una cantidad abrumadora de los niños dijeron que les gustaría hablar directamente con la persona que toma la decisión, por ejemplo, el juez, en lugar de que otras personas se ocupen de transmitirle a esta persona sus opiniones.

Resumiendo, los niños expresaron su deseo de que se los trate respetuosamente; de que las autoridades competentes tengan en cuenta sus opiniones, y de recibir explicaciones y detalles sobre las decisiones que los afectan.

Los resultados de la encuesta y la consulta a los niños reveló algunos otros aspectos importantes que se deben tener en cuenta. En casi todos los casos se recalcó la importancia de la familia en la vida de los niños. Cada vez que se les daba una opción respecto de quién les gustaría que esté presente durante el proceso, es decir, en quién confiarían para que les transmita la información y les dé las explicaciones pertinentes, los niños señalaron a los padres, los hermanos y los amigos, en ese orden de prioridad. En contraste, el análisis también demostró que hay una clara

desconfianza en aquellos que ostentan posiciones de autoridad. Los niños criticaron a muchos funcionarios —policías, abogados, trabajadores sociales y otros (jueces)— argumentando que les habían demostrado poco respeto y no habían tenido en cuenta sus necesidades especiales.

El grupo de especialistas que redactó las Directrices hizo numerosos cambios en el documento con el fin de que se vean reflejados los intereses y las opiniones de los niños. De esta manera, se logró adaptar el texto de las directrices a los resultados de la consulta a los niños en una forma muy práctica.

En particular, las opiniones de los niños se utilizaron para respaldar la forma y la medida en que las Directrices reconocen el derecho de los niños a ser escuchados, a recibir información sobre sus derechos, a tener representación independiente y a participar efectivamente en las decisiones que los afectan. Por ejemplo, las Directrices exigen que los jueces respeten el derecho de los niños a dar su opinión en todos los asuntos que los afectan, y exige que los métodos utilizados se adapten a la comprensión y la capacidad de comunicarse del niño y que se tengan en cuenta las circunstancias del caso. Las Directrices también señalan que se debe comunicar y explicar a los niños la importancia que se les da a sus opiniones.

Las Directrices reconocen a los niños el derecho inequívoco de acceder a mecanismos de reclamo independientes y efectivos en todas las áreas del sistema judicial; alientan la especialización por parte de todos los profesionales y llaman a capacitarse constantemente en forma integral sobre todo a los profesionales que tienen contacto con niños dentro del sistema judicial. Estos factores son fundamentales para abordar la falta de confianza en las autoridades.

La implementación de este proceso consultivo se está haciendo extensiva a otras actividades similares del Consejo de Europa (recomendaciones sobre el estatus legal de los niños y las responsabilidades parentales, así como sobre atención de salud y servicios sociales orientados a los niños) con el objetivo de garantizar la participación significativa de los niños y jóvenes en el trabajo habitual de la organización. Este ambicioso e innovador proyecto ha demostrado cómo puede usarse dicho proceso para fortalecer las normas relativas a los derechos de los niños en todos los Estados miembros del Consejo de Europa y posiblemente en cualquier otro lugar.

Derecho sustantivo

El Grupo de Especialistas en Justicia Favorable a los Niños que redactó las Directrices era un grupo multidisciplinario que incluía jueces, abogados, fiscales, académicos, psicólogos, oficiales de policía y trabajadores sociales, además de representantes de los gobiernos de todos los Estados miembros. El grupo también incluía una amplia gama de observadores, como organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales líderes a nivel internacional —por ejemplo, UNICEF o ACNUR—, que colaboraron con el trabajo.

Las Directrices son un instrumento no vinculante que aspira a ser un guía práctica para la implementación de normas vinculantes internacionalmente acordadas. Muchas de estas normas surgen directamente de la Corte Europea de Derechos Humanos o de las buenas prácticas utilizadas por los Estados miembros. Las Directrices no apuntan a modificar la legislación sustantiva o los derechos concretos de los niños. Muchas de las Directrices sólo sugieren un cambio de enfoque para abordar las opiniones y necesidades de los niños.

Las Directrices están dirigidas a todos los profesionales que tienen contacto con los niños dentro y fuera de los procesos judiciales. Los sectores como la policía y los servicios sociales y de salud mental tienen la responsabilidad de adaptar la justicia para que sea más accesible a los niños. Las Directrices intentan garantizar que se difundan los derechos de los niños y que sean meticulosamente respetados por parte de todos estos profesionales.

El mensaje esencial de las Directrices, al igual que el de las leyes que consagran los derechos del niño, es que los niños son titulares de derechos. Como la revista *Crónica de la AIMJF* es leída mayormente por jueces y magistrados del fuero penal juvenil y jueces, magistrados y abogados de familia, el siguiente texto se refiere a temas de interés para este público en particular.

En los casos de derecho de familia, los niños deben participar en los debates previos a cualquier decisión que afecte su bienestar en el presente y/o futuro.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En muchos casos de derecho de familia, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que los tribunales domésticos (tribunales de derecho civil de familia) deben ocuparse de dirimir la difícil cuestión de cuáles son los intereses superiores del niño en base a un informe psicológico razonado, independiente y actualizado sobre el niño. Además, el niño, si es posible y dependiendo de su grado de madurez y su edad, debe ser entrevistado por el experto en psicología y por el tribunal para saber su opinión respecto de los asuntos relativos a accesibilidad (contacto), residencia y tenencia, para confirmar que el niño es capaz de dar su opinión y certificar que puede tomar una decisión en forma clara y comprender sus consecuencias.

En cuanto a las controversias de derecho civil y de familia entre países fronterizos, se debe proporcionar al niño, dependiendo de su grado de madurez y comprensión, información profesional sobre el acceso a la justicia en las distintas jurisdicciones y sobre cuáles serán las repercusiones del proceso judicial en su vida cotidiana.

No obstante, en los casos de niños en conflicto con la ley penal, a diferencia de los casos de derecho de familia, hay una muy baja aplicación del principio de respeto de los "intereses superiores" del niño. Un tema importante es el de la edad mínima de imputabilidad penal, que en los Estados miembros del Consejo de Europa va desde los ocho años hasta la mayoría de edad. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño no establece ninguna edad mínima, pero el Comentario General N° 10 sobre los Derechos del Niño en la Justicia Juvenil recomienda a los Estados miembros no establecer una edad muy baja como edad mínima de imputabilidad penal. Esta disposición fue reiterada y fortalecida con el agregado de que dicha edad se debe establecer por ley.

Las Directrices 24, 25 y 26 señalan que muchos Estados miembros han centrado la atención en facilitar la resolución de controversias por medio de acuerdos extrajudiciales, alcanzados ya sea a través de mediación familiar, medidas alternativas o justicia restaurativa. Se alienta a los Estados miembros a garantizar que los niños se puedan beneficiar con estos procesos, y que no se los utilice, por el contrario, para obstaculizar el acceso de los niños a la justicia.

En resumen, el texto de las Directrices apunta a facilitar el acceso de los niños a los tribunales nacionales como titulares de derechos, de acuerdo con los antecedentes judiciales de la Corte Europea de Derechos Humanos, a los cuales pueden acceder bajo solicitud. De todos modos, debería haber un equilibrio entre esta capacidad de acceso y la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos.

Observaciones finales

Se alienta a los Estados miembros a adoptar una serie de medidas para la puesta en práctica de estas Directrices. Dichas medidas deben apuntar a lograr una amplia difusión de las Directrices entre todas las autoridades o personas involucradas de alguna manera en la aplicación de los derechos del niño dentro del sistema judicial.

Además, se recomienda a los Estados miembros que revisen su legislación, sus políticas y sus prácticas locales para verificar que sean coherentes con estas Directrices, y que efectúen una revisión periódica de los métodos de trabajo en esta área. También se invita a los Estados a tomar medidas específicas para que se respeten las disposiciones y el espíritu de las Directrices. En este sentido, para lograr una implementación efectiva de las Directrices, es de primordial importancia que se trabaje en el mantenimiento o la creación de un marco apropiado, que incluya uno o más mecanismos independientes (por ejemplo, a través de la figura de defensor del pueblo, o defensor de los niños).

Edo Korfjan, Secretario de la Comisión de Derecho de Familia, Consejo de Europa

Una justicia amigable a niños, niñas y adolescentes—la perspectiva del Mercosur

**Juez Eduardo Melo
y colegas**

La discusión sobre las directrices de una justicia amigable a niños, niñas y adolescente evoluciona en Europa y pone desafíos al resto del mundo para discutir también sus instrumentos normativos regionales sobre el tema.

Aunque no disponga todavía de una estructura político-administrativa como la Unión Europea, los países integrantes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela), además de los Asociados (Bolivia y Chile), intentan construir referencias comunes de actuación y coordinación.

En el tema de la niñez y adolescencia, dos iniciativas, ahora convergentes, sobresalen en la región.

En el ámbito gubernamental, la Iniciativa Niñ@sur, como otras relacionadas a distintos campos de derechos sociales, fueron constituidas a partir del año 2006 para una mejor articulación gubernamental entre los distintos países, con elaboración de planes de acción.

En el ámbito judicial todavía faltan estructuras de cooperación organizadas. La Asociación Internacional MERCOSUR de los Jueces de Infancia y Juventud, comprendiendo la necesidad de avanzar en este campo, decidió dar una nueva orientación a sus actividades para lograr cambios institucionales políticos más estructurales en la región.

La Asociación fue fundada en 1997 y es integrada por Jueces, fiscales o promotores, defensores y operadores de los sistemas judiciales de infancia y adolescencia de los países del MERCOSUR y Asociados.

Su finalidad y objetivo es la promoción y difusión de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la creación de instancias académicas en perspectiva interdisciplinaria de estudio, profundización de tales derechos y de mejora de la eficacia y eficiencia de los sistemas judiciales de infancia de la región.

En sus discusiones de planeamiento, la Asociación desea desarrollar un plan de trabajo de profundización de temas comunes en todos los países de la región, con estudios de derecho comparado que sirvan para la elaboración de proyectos de ley modelo, de resoluciones o convenciones internacionales. En esta perspectiva, el tema de las directrices de una justicia amigable a niños, niñas y adolescentes asomó como de primer orden.

En efecto, a la Asociación le pareció fundamental que la estructuración de Mercosur considere los retos específicos de la justicia de infancia, juventud y familia, creando mecanismos de articulación que propicien condiciones para

garantizar efectivamente los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La región – como Latinoamérica en general – tiene todavía intensos desafíos para garantizar los derechos sociales de niños, niñas y adolescentes, y la Justicia de la región tiene experiencias exitosas de acciones colectivas o de clases, sobretudo en Brasil, que permiten obligar a los poderes públicos implementar políticas públicas que garanticen los derechos a la educación, salud, asistencia social, habitación, entre otros, sancionándoles en caso de incumplimiento.

No se puede pensar, por lo tanto, en una justicia amigable a niños, niñas y adolescentes en la región que no considere su capacidad de hacer valer el artículo 4 de la Convención sobre los derechos del niño para dar efectividad a sus derechos, hasta el máximo de los recursos de que dispongan.

Cuestiones estructurales de la justicia afectan además las condiciones de garantía de derechos individuales, sobretudo el de participación.

Por estas razones, la Asociación Mercosur pactó con los Ministerios de Derechos Humanos de los países de la región una acción común para la profundización del tema de las directrices de una justicia adecuada a la niñez y adolescencia por medio de una discusión descentralizada, país por país, hasta mayo del próximo año. En seguida, la propuesta es de estructurar los puntos en común en un encuentro regional que ocurrirá en Montevideo en junio de 2011, donde se iniciará la construcción de las referencias comunes sobre el tema. La meta es que en el congreso de la Asociación Mercosur en noviembre de 2011, en Asunción, Paraguay, se consuma la elaboración de las directrices regionales.

La Asociación Mercosur alía así a las discusiones teóricas y prácticas regulares de sus encuentros o congresos una acción política regional con impacto en la vida de niños, niñas y adolescentes.

En su estrecha cooperación con la AIMJF, la Asociación Mercosur busca contribuir a una mayor diversidad de perspectivas sobre temas de interés global. Las contribuciones regionales pueden ayudar a perfeccionar sistemas de otras partes del mundo y a lograr directrices globales aún más significativas para la niñez y adolescencia.

Además es común el esfuerzo por sensibilizar y movilizar a los jueces de la región y del mundo para una mirada hacia lo internacional como condición para la transformación de nuestras condiciones de trabajo locales y regionales y, con eso, las propias condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Es esta visión participativa y democrática que mueve a la Asociación Mercosur a compartir su experiencia con las distintas asociaciones nacionales, regionales y la internacional, promoviendo un más intenso intercambio internacional.

- **Eduardo Rezende Melo ***
- **Irma Alfonso de Bogarín**
- **Ricardo Pérez Manrique**
- **Elbio Ramos ***
- **Helen Correa Sanches**



Irma Alfonso de Bogarín – jueza en Paraguay, Presidente de la Asociación Mercosur de Jueces de la Infancia y Juventud y de la Asociación Paraguaya



Elbio Ramos – juez en Argentina, Vicepresidente de la Asociación Mercosur y Presidente de la Asociación Argentina



Eduardo Rezende Melo – juez en Brasil, vicepresidente de la Asociación Mercosur y secretario general de la Asociación Internacional de Magistrados y Jueces de Juventud y Familia



Ricardo Pérez Manrique – juez en Uruguay, Copresidente de la Asociación Mercosur de Jueces de la Infancia y Juventud y de la Asociación Uruguaya



Helen Correa Sanches – fiscal en Brasil y Presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados, Fiscales y Defensores Públicos de la Infancia y Juventud

Dejemos de encarcelamiento	de trivializar el	Benoît van Keirsbilck
----------------------------	-------------------	-----------------------



En este momento en que la comunidad internacional celebra el vigésimo aniversario de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas Relativa a los Derechos del Niño, es más urgente que nunca que los países pongan sus leyes en conformidad con las normas de derechos humanos y aseguren que ningún niño sea sujeto a esas formas de castigo. El artículo 40 de la convención proporciona una orientación inspiradora sobre los niños en conflicto con la justicia juvenil» a ser tratado de una manera coherente con la promoción del sentido de dignidad y de valor del niño, que refuerza el respeto del niño para los derechos humanos y las libertades fundamentales de otros y que toma en cuenta la edad del niño, la oportunidad de reintegración y el rol constructivo que el niño asume en la sociedad.

Paulo Sergio Pinheiro¹

En Bélgica, el recurso al encarcelamiento de jóvenes se desarrolla de manera exponencial en toda clase de estructuras diferentes²: las nuevas prisiones o centros de detenciones para menores,

¹ Comisionado y Relator sobre los derechos del niño para la Comisión Interamericana sobre los Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos; Extrato del discurso pronunciado durante el lanzamiento de la Campaña sobre Sentencias Inhumanas sobre los Niños, Octubre 2010. Ver : www.crin.org/violence/search/closeup.asp?infoID=23420#p

² Ver especialmente Sharon Detrick, Gilles Abel, Maartje Berger, Aurore Delon, Rosie Meek : *La violencia contra los niños en conflicto con la ley, un Estudio sobre los Indicadores y la recopilación de datos en Bélgica, en Inglaterra y Gales, en Francia y en los Países Bajos; Defensa de los Niños Internacional – Holanda, 2008.* Ver igualmente : « Saint-Hubert, prison ou centre fermé ? Et les jeunes là dedans ? », *Carta blanca publicada por la Comisión de Jóvenes de la Liga de Derechos Humanos (Alice Jaspart, Sophie de Biolley), Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad Libre de Bruselas (Sarah Van Praet) en La Tarde del 25 de junio de 2009.*

las nuevas instituciones especializadas para jóvenes que tiene problemas psiquiátricos, de toxicomanía o casos de agresión sexual contra menores³. Este aumento de sitios de encarcelamiento se hace sin que se haya establecido un vínculo con la evolución de las cifras oficiales de delincuencia juvenil.

Esta tendencia, que se presenta igualmente en muchos otros países, debe interpelarnos toda vez que el derecho internacional es muy claro: la privación de libertad debe ser una medida de último recurso y solamente decidida para una duración la más corta posible. En el mundo, a pesar de la dificultad de poder disponer de estadísticas muy confiables, se ha estimado en más de un millón el número de niños que son detenidos, frecuentemente en condiciones deplorables⁴.

¿Cómo puede ser que gobiernos que afirman querer respetar los convenios internacionales⁵ puedan desarrollar políticas tan contrarias a sus declaraciones? Este artículo intenta comprender los mecanismos implementados para esbozar las pistas que permitan revertir esta tendencia.

³ Ver C.ADAM, *Encarcelamiento de menores acusados por « agresión sexual sobre menores » ; Un análisis cruzado de los modos de conocimiento en el tratamiento de una categoría emergente, en Desviación y Sociedad, 2009 (Vol. 33).*

⁴ Ver Paulo Sérgio Pinheiro, Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños, Estudio de la Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, Ginebra, 2006, p.217. www.violencestudy.org, p. 217. Ver igualmente Cappelaere, G., Grandjean, A., Naqvi, Y., Niños privados de la libertad, Derechos y realidades, Ediciones de Jóvenes y Derecho, Defensa Internacional de los niños, 200, p. 34-35.

⁵ Citamos los principales textos internacionales :

- La Convención de las Naciones Unidas relativo a los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989 (CDN)
- Conjunto de reglas mínimas de las Naciones Unidas concerniente a la administración de la justicia para menores : « Règles de Beijing », 1985.
- Principios rectores de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil: « Principes directeurs de Riyad » ; 1990.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad : « Règles de la Havane », 1990.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de medidas no privativas de libertad « Règles de Tokyo » ; 1990.
- Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Administración de Justicia para Menores : « Lignes directrices de Vienne »
- Comité de los Derechos del Niño, Observación general n° 10 (2007) : « Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs »

Aumento exponencial del encarcelamiento

Comenzamos por recordar una evidencia: la naturaleza aborrece al vacío; cuanto más estructuras de privación de libertad creamos, estos sitios son más utilizados. Así, en Bélgica, como en varios otros países, asistimos a una escalada perpetua: las denuncias de « falta de sitios » para los menores delincuentes son recurrentes y desembocan infaliblemente sobre un aumento de sitios cerrados que son utilizados casi de inmediato; la oferta crea la demanda, el encarcelamiento se hace una rutina que provoca un efecto de bola de nieve. A este respecto, mientras haya sitios disponibles y accesibles inmediatamente esta medida constituirá una solución fácil para los jueces de la juventud porque les permite evitar el deber de buscar alternativas y de preguntarse si realmente la privación de libertad es apropiada en cada caso determinado.

La evolución de numerosos sitios cerrados en Bélgica es así edificante. Mientras que ya existía una centena de sitios en las instituciones públicas de protección de la juventud (IPPJ), instituciones con enfoque educativo, el Gobierno federal decidió crear, en 2002, un nuevo centro federal cerrado (prisión para menores) de 10 celdas de prisión en Everberg (cerca de Bruselas). Numerosas voces se alzaron para denunciar esta creación. Era notable que estas reacciones no emanaban solamente de asociaciones de defensa de los derechos del niño, sino también de jueces de la juventud que consideraban que estos nuevos sitios tenían un carácter fuertemente basado en la seguridad en vez de tener una perspectiva educativa. No habían pasado sino algunos meses (y la ocurrencia de uno u otro hecho diverso, ciertamente dramáticos) para alcanzar toda la capacidad de este centro de 50 celdas de prisión que prácticamente jamás ha estado vacante. De entre aquellos jueces que criticaban este centro muchos recurren a menudo a él sin que esto les merezca reparo. Hoy en día, este centro forma parte del paisaje institucional y pocas personas osan aún cuestionar su existencia. Aún peor, la pintura de las paredes del centro de Everberg no estaba todavía seca cuando ya se había también anunciado la creación de un centro de 50 celdas en Valonia, otro centro de 126 celdas de prisión en Flandes. Un último centro ha sido igualmente anunciado para el 2012 en el sur del país ¡que podrá acoger a 120 jóvenes! Si este último proyecto es realizado, Bélgica tendrá desde el 1º de enero del 2002, 330 nuevas plazas de detención para menores. Todo esto sin contar los centros para jóvenes que tienen problemas psiquiátricos creados en las estructuras hospitalarias psiquiátricas.

Sin duda, una parte de esas nuevas plazas en los centros especializados para menores apunta a permitir que no sean más encerrados en la prisión, como es todavía el caso en Bélgica así

como en varios países en el mundo. La separación de los niños y los adultos es también, en efecto, una exigencia del derecho internacional y podemos regocijarnos que al fin Bélgica busque cumplir con ello, aún si eso es todavía parcial. Sólo nos resta decir que en materia de encarcelamiento de menores, el ogro parece no estar jamás saciado.

Sin embargo, según el Instituto Nacional de Criminalística y Criminología (INCC), el número de alertas de menores en los tribunales de la juventud por hechos de delincuencia parece más bien descender al mirar los años 80⁶. Los hechos de extrema gravedad son raros⁷, nada indica una criminalidad juvenil cada vez más grave y las cifras tampoco muestran que los autores comiencen más jóvenes^{8 9}. En comparación, la delincuencia atribuida a los mayores es 8 veces más alta que la de los menores¹⁰.

En Inglaterra y Gales, en Francia y en los Países Bajos, constatamos lo mismo: el discurso público denuncia un incremento considerable de actos delictivos cometidos por los jóvenes y una mayor violencia de aquellos que cometieran crímenes a edades más precoces. Sin embargo, en esos países así como en la mayoría de los países europeos, las tasas de criminalidad juvenil han permanecido estables durante la última década y sin embargo las reformas de justicia para menores han tenido lugar en cada uno de ellos, a partir del postulado de un aumento de la criminalidad¹¹.

El encarcelamiento es la piedra angular del sistema de justicia de menores (como lo es igualmente para la justicia de los adultos) y aún cuando no es aplicado es regularmente evocado como amenaza: « si vuelves a comenzar, te enviaré a prisión ». Es como si toda intervención

⁶ VANNESTE CH, La "nueva" estadística de los tribunales de la juventud a la luz de otro tipo de indicadores. Ejercicio de contextualización, en VANNESTE CH., GOEDSEELS E. ET DETRY I. (éd.), La estadística « nouvelle » de los tribunales de la juventud: enfoques cruzados alrededor de un primer análisis, Actas de la jornada de estudio del 23 de octubre del 2007, Academia Press, 2008.

⁷ En resumen, para el año 2005, los casos señalan un asesinato, una muerte o una tentativa de tales actos tienen representado un total de 0,08 % del conjunto de infracciones señaladas.

⁸ L. WALGRAVE, Estadísticas en materia de delincuencia juvenil y política, en el cuadro de un coloquio sobre la estadística « nouvelle » de tribunales de la juventud: enfoques cruzados alrededor de un primer análisis, 23 de octubre del 2007.

⁹ Ch. VANNESTE, Cifras ? Si, pero todavía..., intervención en el Congreso de Delincuencia Juvenil « A la recherche de réponses adaptées », 23 de marzo del 2009.

¹⁰ Op. Cit.

¹¹ S. DETRICK, G. ABEL, M. BERGER, A. DELON, R. MEEK, La violencia contra los niños en conflicto con la ley: un estudio sobre los indicadores y la recopilación de datos en Bélgica, en Inglaterra y Gales, en Francia y en los Países Bajos; Defensa de los Niños Internacional, 2008, p.35.

debiera necesariamente terminar en el encarcelamiento.

La justicia para menores, una justicia particular

Desde más de un siglo, numerosos países han decidido hacer una justicia específica para los menores, elaborada sobre una nueva propuesta: que la sanción pueda ser impuesta en conjunto con un trabajo de educación o rehabilitación. Frente al fracaso que representa el sistema penal tradicional, la noción de justicia de menores surgió poco a poco (En Bélgica, han incluido esta noción en la protección de la juventud que concierne tanto a los jóvenes llamados «en peligro» como a los menores denominados «delincuentes»). Incluso si se tratara de «delincuentes», estamos hablando de niños cuya capacidad de juicio no se estima que esté todavía «madura», que sus acciones están también vinculadas a las fallas de los adultos (y algunas veces de la sociedad misma) y que es a partir de ese momento que es posible rectificar la situación. Esta evolución social se concretizó con la adopción de diversas normas internacionales en materia de justicia de menores y en particular en los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Las principales características de la justicia de menores están basadas en una jurisdicción especializada, distinta a la de los adultos, encargada de aplicar medidas educativas indeterminadas en el tiempo antes que penas o sanciones punitivas. Esto implica la definición de una edad de minoría penal (y en principio una edad mínima de responsabilidad penal, lo que cubre dos nociones diferentes¹²), cualquiera que sea la naturaleza del delito. La justicia de menores significa tomar en cuenta las condiciones de vida y la personalidad del menor y acudir ampliamente a expertos e personal calificados. Ello implica una distinción entre la naturaleza del acto cometido y las medidas o sanciones prescritas y se aparta de una respuesta proporcional estricta. Ello se basa también en una responsabilidad compartida frente a los delitos menores del joven, con su familia y la sociedad y no sobre la sola responsabilidad individual del menor frente a su acto.

Sin duda, estas características son también criticadas por los poseedores de un discurso más claro con respecto a los menores los que serían

“infantilizados” si fueran eximidos de responsabilidad con este enfoque demasiado paternalista. La exigencia de garantías jurídicas más importantes ha tenido también por efecto paradójico acercar el sistema de los menores al de los adultos.

Sin embargo, no podemos negar que la justicia de menores es conducida por adultos y tiene un enfoque de adultos sobre las situaciones encontradas, combinando comprensión y una advertencia de los límites. El tribunal de la juventud reacciona con relación a un hecho cometido y sanciona a todo menor escogiendo la sanción a fin que ella sea constructiva para las víctimas, cuando esto sea posible, y sobre todo para el mismo joven. El juzgamiento siempre implica un acto de justicia pero de una justicia diferente a la de los adultos en tanto ésta quiere volcarse hacia el futuro y hace la apuesta de la rehabilitación en lugar de la exclusión.

Del mismo modo, las críticas que podemos hacer al encarcelamiento son conocidas: genera mayores efectos perversos respecto del joven involucrado como de su familia pero igualmente en el conjunto de la sociedad; no es más que un medida temporal para apartar al joven del camino y dar la ilusión de una mejoría de la seguridad pública. Estos jóvenes saldrán un día de estos centros con una etiqueta difícil de llevar que hará su reinserción aún más difícil. Serán a menudo devueltos en su medio de vida, sin que la situación haya realmente cambiado: siendo el contexto en el cual ellos hayan cometido los hechos criticables el mismo, hay por tanto un gran riesgo de que ellos vuelvan a cometer ilícitos.

La estigmatización de la que son víctimas estos jóvenes constituye en efecto otra problemática importante, ellos son etiquetados como «menores peligrosos» y deben entonces hacer frente al rechazo de la sociedad; en su barrio, en el colegio, algunas veces en su familia, de parte de la policía o de los empleadores potenciales.

Reconsideración de la especificidad de la justicia de los menores

Alrededor de hechos de delincuencia mediatizados que implican a menores, muchas voces se alzan de manera recurrente para denunciar el tratamiento judicial «privilegiado» de que gozarían los jóvenes autores. «Demasiado liberal», «no lo bastante duro», «no bastante justo», la justicia de menores no sería una «verdadera» justicia... Desde una veintena de años, en efecto, constatamos un cuestionamiento del funcionamiento de la justicia de menores bajo el régimen del «Bienestar». Las reformas legislativas en un número creciente de países, se separan cada vez más de los principios que habrían permitido construir un sistema particular de tratamiento de la delincuencia de menores.

¹² La edad de la mayoría penal, es la edad a partir de la cual una persona va ser tratada por el sistema de justicia para adultos. La edad mínima de responsabilidad penal es la edad a partir de la cual un joven puede ser llevado a responder por sus actos delante de una jurisdicción especializada, la justicia de menores. Esto significa entonces que hay niños que cometen infracciones por debajo de esta edad, que no pueden ser objeto de ninguna medida o sanción, ellos deben ser considerados sin el discernimiento suficiente para responder jurídicamente de sus actos; es sin duda deseable que ellos gocen de un apoyo socio-educativo, sobretodo si los hechos que se les critica son graves. Este problema sólo, generaría procesos muy largos.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Estas posturas y modificaciones legislativas se basan muy a menudo sobre una comparación con el sistema penal para adultos y sobre la idea de que la gravedad de un delito se mide y se reconoce por la gravedad de la pena que inflige. Aunque esta idea ha orientado nuestro sistema y nuestras concepciones de la justicia durante más de dos siglos, hoy resulta claro que ella reposa más bien sobre una ficción. A pesar del agravamiento de las penas, a pesar de la multiplicación de las prisiones, a pesar de las condiciones muy duras de detención carcelaria, a pesar del reforzamiento del aparato judicial y de una serie de medios de control, la delincuencia de los adultos se mantiene a un nivel relativamente estable. Sobre todo sabemos también que el sistema penal, y ciertamente el sistema penitenciario, mantienen o acentúan ciertos mecanismos que pueden generar la delincuencia: el aislamiento familiar, la desafiliación social, la exclusión del circuito del trabajo, etc¹³.

Esta reconsideración de los principios de la justicia de menores se fundamentó, por una parte en el aumento de la expresión de un sentimiento de inseguridad (decimos bien "sentimiento", con todo lo que esto implica de subjetividad); por otra parte y, sin duda, el desarrollo de nuevas formas de delincuencia (pensamos en las ofensas a las personas, a los hechos vinculados a la toxicomanía); en el espacio cada vez más importante acordado a las víctimas, así como en el debilitamiento de las solidaridades colectivas de una sociedad capitalista e individualista. Estos elementos se conjugaron con una degradación de las condiciones de acceso al empleo de los jóvenes menos escolarizados, un dualismo más importante de la sociedad, un cuestionamiento de la integración de jóvenes de origen extranjero, un debilitamiento de los lazos sociales,... en suma, una fragilización de las experiencias del Estado social - como una Justicia de menores con finalidad educativa y no retributiva - una crítica de compartir los riesgos sociales y la primacía de la responsabilidad individual frente a los avatares de la vida. El Estado ha de invertir menos en el bienestar público pero desarrollará un mayor control de ciertos riesgos generados por "grupos de riesgo".

Para los poseedores de este enfoque, cada uno es responsable de su propia trayectoria y es contraproducente querer reducir las desigualdades sociales. Una sociedad debe administrar (¿al menor costo posible?) los efectos nefastos de las desviaciones y buscar la reducción de los riesgos sociales y los daños que son asociados con las desviaciones sin pretender

hacerse cargo de las causas colectivas de estas desviaciones individuales. En su forma más categórica, esta crítica del sistema de justicia de menores desemboca sobre una sociedad de control y de gestión de los riesgos asociados a las poblaciones más vulnerables, cuyos jóvenes delincuentes constituyen una figura emblemática¹⁴.

De las alternativas que no lo son (o lo son demasiado poco!)

La sociedad en su conjunto tiene dificultades para imaginar y concretar medidas diferentes a la prisión para adolescentes que cometieron o son sospechosos de haber cometido delitos. Sin embargo, las reales alternativas existen. Ellas van desde mantener al joven en su medio familiar con un seguimiento educativo intensivo, hasta el trabajo de servicio a la comunidad pasando por las mediaciones y otros enfoques educativos. Vemos que hay un creciente número de originales iniciativas que pretenden responder a las dificultades encontradas por los jóvenes y a los delitos que cometen.

Estas medidas son algunas veces muy pocas conocidas pero los jueces de la juventud muy a menudo vacilan en usarlas en lugar de una medida privativa de libertad porque no confían en ellas o porque la presión pública los empuja hacia soluciones más duras. Aun más, en la práctica, en lugar de ser alternativas a la detención, ellas pueden ser a veces aplicadas cuando el procurador fiscal pudiera eventualmente haber agotado el caso (*nolle prosequi* o abandono del proceso) y el joven pudiera haber quedado en libertad. Esta práctica tiene como obvia consecuencia el aumento del número de jóvenes privados de libertad.

Los promotores de estas respuestas originales comunican sin duda muy poco sobre sus resultados y el valor de sus acciones. De este modo participan de la falta de reconocimiento de la relevancia de este trabajo. Es verdad también que éstas no son acciones que conlleven un fuerte interés mediático sino más bien un trabajo realizado en forma cotidiana, que necesita paciencia, voluntad, apoyo. Las comparaciones no son tampoco simples ya que los efectos de las medidas deben poder evaluarse a mediano o largo plazo. Entonces es extremadamente difícil medir la eficacia a corto plazo de estas acciones cuyos resultados no son cuantificables y visibles inmediatamente. Existen sin embargo investigaciones que han demostrado que con costos relativamente bajos, las medidas de seguimiento de los jóvenes en su medio de vida

¹³ Ver la « Carte blanche » de Y. HACHEM SAMI y A. JASPART, « Les mineurs son-ils des adultes ? » publicado en La Libre Belgique, el 19 de Septiembre del 2008 con motivo de un proceso mediatizado de gran cobertura mediática en Septiembre del 2008 de un joven menor asesino presunto de otro joven en plena estación central en Bruselas.

¹⁴ Ver los trabajos del 16° simposio de la Asociación Internacional de Investigaciones en Criminología Juvenil, Paris, 8-11 de marzo del 2006 : « Rupture ou Continuité ? La justice des mineurs en question », www.liens-socio.org/article.php3?id_article=1097

daban mejores resultados que la privación de libertad.

Rol de los medios de comunicación

En nuestra sociedad hiper mediatizada, los ilícitos que han existido desde tiempos inmemoriales adquieren proporciones desmesuradas que dan la impresión de que la delincuencia aumenta de manera inquietante. Los medios de comunicación juegan a este respecto un efecto de lupa, magnificador, pero también deformante.

Algunos medios de comunicación mostraron falta de distancia crítica en relación con los acontecimientos y en relación a los discursos de autoridades, confirmando y manteniendo los clichés y a priori, con respecto a una parte de los jóvenes, consagran muy poco espacio o tiempo al análisis de las causas y soluciones y presentan muy a menudo el encarcelamiento como la única reacción social posible a la delincuencia de los jóvenes. La sobremediatización de algunos hechos diversos, algunas veces dramáticos, da una imagen muy negativa de la juventud y acentúa la tendencia a una mayor represión.

Ellos olvidan a veces su ética profesional en favor de un sensacionalismo exacerbado, pero sobre todo vendedor.

Es sin duda cierto que toma tiempo explicar cuales alternativas a la detención dan mejores resultados y garantizan mejor, en el largo plazo, la seguridad pública. Es necesario hacer una tarea pedagógica, citar ejemplos y sobre todo responder a las inquietudes del público que tiene la impresión de que los poderes públicos no hacen nada¹⁵. Tal enfoque toma tiempo, claramente más tiempo que el anuncio de que un menor delincuente ha sido privado de libertad (y que de esta manera, el ciudadano puede dormir tranquilo). Este tiempo no es compatible con la forma como funcionan los medios de comunicación, con el tiempo dedicado a un tema en particular en las noticias de la televisión o con el espacio otorgado a un artículo en un diario o periódico. Las pequeñas « fórmulas de shock », a menudo gratuitas, irreflexivas y poco realistas, dan sin embargo en el clavo porque ellas confirman el criterio de una opinión pública a menudo inestable por la difícil situación económica. Éste es por ejemplo el caso de la declaración de un responsable político que proponía confiar la educación de los niños delincuentes a los militares (lo que implicaba que una respuesta fuerte, el retorno a una disciplina estricta y de condiciones de vida fuerte valen más que una diploma de educación o que la intervención de especialistas de educación). ¡La referencia a los "campamentos de entrenamiento militar" no era evidentemente fortuita! La

¹⁵ La lectura de los foros de los periódicos es a este respecto edificante: los que se expresan allí y desarrollan posiciones extremadamente radicales y totalmente intolerantes, apelando regularmente al restablecimiento de la pena de muerte o de la cadena perpetua con respecto a los niños.

delincuencia de menores, en todos los tiempos, ha sido un objeto de declaraciones políticas populistas que una cierta prensa ofrece.

Rol de la sociedad

Este clima, acentuado por la crisis económica y en consecuencia por el número de familias que viven en una gran precariedad, impulsa a las autoridades públicas a adoptar medidas cada vez más represivas, en particular frente a la juventud. Las políticas de tolerancia cero, las medidas de toque de queda, de interdicción de grupos en espacios públicos, el desarrollo del uso de "tasers" o armas de electroshock, la utilización de los mosquitos¹⁶, participan de este clima represivo. Una sociedad que encierra cada vez más a sus adolescentes es una sociedad que va mal, que da poco espacio a los que sin embargo necesitan de una atención social particular y que no está cumpliendo con su obligación de proporcionar los medios destinados a crear igualdad de oportunidades entre todos los jóvenes.

Constatamos que la imagen de los jóvenes, transmitida por la sociedad es negativa; recíprocamente, un gran número de jóvenes tienen una mirada cada vez más desilusionada sobre su futuro, con las pobres e inciertas perspectivas que les ofrece la sociedad a futuro; esta imagen oculta y reduce la realidad de la juventud que es mucho más compleja. Sin embargo, los adolescentes involucrados así como sus cercanos pueden encontrar soluciones que les aporten un cambio así como medidas y dispositivos que consagren el desarrollo de vínculos sociales; son estos vínculos, y no el aislamiento, los que favorecen la madurez e inscriben a los futuros adultos como actores positivos en la sociedad. Las reacciones de los adultos con respecto a los menores deben tener en cuenta una dimensión pedagógica y del derecho de cada joven a la educación.

La desigualdad social, la injusticia, la presencia de islotes de aculturación, de aburrimiento, de pobreza son las causas principales de la delincuencia y de todo lo que solemos llamar inadaptación juvenil¹⁷.

¿Para qué sirve en consecuencia la prisión?

Así como lo indicaba Christian Mormont « *En general, el encarcelamiento responde a distintas intenciones: castigo, ejemplo, seguridad de la sociedad, educación. Sin embargo sabemos que la prisión raramente mejora al individuo encarcelado. Sabemos que la amenaza de tal sanción no tiene efectos disuasivos. Sabemos que en relación a la educación y a la reinserción, se trata más a menudo de una educación para la*

¹⁶ Estos aparatos que difunden ultrasonidos audibles para los menores de 25 años, destinados a expulsar a jóvenes de los espacios públicos.

¹⁷ S. TOMKIEWICZ, & J. FINDER, « Comment faire de votre enfant un délinquant ? », JDJ-RAJS n°276 – junio 2008.

delincuencia y de una inserción más profunda en el medio criminal que de una educación al civismo y de una reinserción en la comunidad. Constatamos que el empeoramiento de las penas tiende a agravar los delitos. Vemos allí sólo buenas razones para evitar estas experiencias a cualquiera, adulto o menor en la medida de lo posible. Pero encaramos cada vez a más gente con penas más largas. ¡Paradoja!»¹⁸

Ciertos jóvenes debieran estar detenidos en sus descontroles, tanto en su propio bien como también en el de la comunidad. Pero si la colocación en medio cerrado, responde en el corto plazo al imperativo de protección de la sociedad, no es forzosamente eficaz en sus objetivos educativos. Incluso desde una perspectiva educativa, no constituye una respuesta adecuada a esta preocupación particular porque la prisión sólo mejora muy raramente el perfil de los que la sufren. No cura, no cuida, ni disuade.

Uberto Gatti, criminólogo italiano, que trabaja sobre la delincuencia de menores, va incluso más lejos puesto que demuestra que la intervención judicial hecha sobre menores es contraproducente ¹⁹. Con un mismo perfil, es decir con un mismo origen social, misma dinámica familiar, mismo curso escolar, mismo tipo de ofensas, los jóvenes que no han sido objeto de ninguna intervención judicial salen de allí mejor que los que la sufrieron. Por otra parte, estar confrontado a la justicia de menores aumenta en ocho veces el riesgo de encontrarse en el sistema penal para adultos.

Podemos pues colegir de lo que precede que el encarcelamiento de menores parece fallar en su objetivo de educación. Numerosos jóvenes explican que a su salida verdaderamente cambió para ellos (y numerosos educadores que trabajan en centros cerrados para jóvenes no se hacían ilusiones sobre el futuro carcelario de una proporción importante de los jóvenes que tienen a cargo). La divergencia entre las misiones anunciadas y lo vivido por los jóvenes es particularmente notable.

El tema de los costos

Las políticas de seguridad y de encarcelamiento cuestan caro, muy caro, para una eficacia muy aleatoria. Una prisión para menores implica, al menos en las sociedades occidentales (pero también, en una menor medida, en los países del Sur) gastos considerables. El costo de colocación de un joven asciende a entre 200 y 300 euros al

día en una Institución pública de protección de la juventud en Bélgica; este precio aumenta hasta 500 euros en centros federales cerrados (que tienen un carácter de aún mayor seguridad). El presupuesto previsto para la construcción del centro de seguridad de 120 plazas previsto en Achènes es de 35 millones de euros (la experiencia ha demostrado que los presupuestos siempre se subestiman) y su costo anual de funcionamiento se acercará a los 22 millones de euros²⁰.

Esta inversión se hace al final de la cadena y afecta en definitiva, guardando las debidas proporciones, a un número muy reducido de jóvenes (sin perjuicio que nosotros denunciemos que es demasiado elevado). Es una masa de dinero que se podría invertir mucho más útilmente en otros conceptos: en la enseñanza, la cultura, la prevención, las ayudas sociales, el apoyo a la crianza de los hijos. Cada vez más familias viven en la precariedad económica y social. La misma suma invertida en la prevención permite alcanzar un número incomparablemente más importante de jóvenes, para efectos probablemente mucho mejores.

Se trata por supuesto de elecciones políticas y éstas son las opciones que es necesario cuestionar y poner en entredicho.

Posibles soluciones

"Hacer del encarcelamiento una etapa de la reinserción es utópica. La prisión tiene una eficacia a corto plazo, porque neutraliza a la persona, pero no reinserta, y no previene la reincidencia. Es pues necesario pensar en algo más " reflexiona el magistrado Jean-Yves Monfort. ¿Pero a qué nos referimos con « algo más»? ¿Y sobre qué reposa exactamente? Para Jean-François Cauchie, sociólogo y criminólogo canadiense, es necesario abandonar "*la idea de que el mal es necesario para producir un bien*" y cesar de "*oponer protección de la sociedad y protección de sus miembros criminalizados*". Se trata pues de procurar hacer emerger una filosofía penal que testimonie la voluntad de "*castigar sin humillar, censurar sin excluir, desaprobando pero hablar de todo ello*"²¹.

La pena (el castigo) tan querida por la sociedad no debiera ser asimilada a la " pena de encarcelamiento". Un cambio de mentalidades debe efectuarse sobre en el sistema penal y en consecuencia sobre la respuesta judicial. El castigo no debiera ser más medido cuantitativamente (en número de años de encarcelamiento), sino cualitativamente (por las alternativas y la gestión personalizada e individualizada de las situaciones). Esto debiera

¹⁸ C. MORMONT, « Enfermement des enfants », Revista de los Jóvenes, n° 271, enero 2008, p. 13.

¹⁹ Intervención de U. GATTI sobre " « la théorie de l'étiquetage et la délinquance juvénile : les effets à long terme du système de justice pénale pour les jeunes au Canada », taller n°3: reformas institucionales: paradojas, callejones sin salida y compromisos », 16ª conferencia de la Asociación Internacional de Investigación en Criminología Juvenil, París, 8-11 de marzo de 2006.

²⁰ Si se cuenta 500 euros por día para 120 jóvenes, 365 días por año.

²¹ P. MAREST, " Les alternatives sortent de l'ombre ", en Dentro fuera, n°60, el marzo abril de 2007.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

pasar por una sensibilización y una formación adecuada de los jueces.

Encerrar jamás ha sido una solución, sea para los adultos y menos todavía para los menores, en pleno desarrollo. Esta medida es contraproducente. Encerrar a un joven de 16 años de edad durante 4 o 5 años, es fabricar una bomba de efecto retardado y transformar su reinserción en una carrera de obstáculos.

Salir de lo punitivo y orientarse hacia el futuro, transformar al joven autor de los hechos y a la víctima en recursos activos con el fin de solucionar el conflicto restableciendo al mismo tiempo el vínculo social, son objetivos ambiciosos. Son las premisas de un enfoque no judicial de la delincuencia juvenil.

Condición *sine qua non* para un cambio del curso de acción: la necesaria voluntad política, la convicción de que es necesario proceder de otro modo y apostar por medidas a mediano o largo plazo. Sin embargo, esta visión se debilita con motivo de las campañas electorales puesto que da pocos resultados inmediatos y visibles y en consecuencia con poco interés mediático. La voluntad política depende de relaciones de fuerza en la sociedad; en la actualidad, son las voces que reclaman más represión las que se hacen más oír; es necesario que otras voces, presenten los peligros de la represión y del encarcelamiento logren ser igualmente oídas. Con respecto a esto, no podemos escatimar esfuerzos en la sensibilización de los periodistas y de la colaboración con la prensa para que soluciones que funcionen tengan igualmente derecho de ciudadanía. Anotemos que los poseedores de un enfoque más social y educativo de la delincuencia son a menudo tratados de ingenuos, o incluso de irresponsables, en circunstancias que no se trata de un problema de "*laissez faire*" ni de una tolerancia absoluta frente a la trasgresión de la norma, particularmente de parte de menores²². Es esencialmente un problema sobre cómo debe reaccionar la sociedad frente a la infracción respecto de la norma por parte de los jóvenes. No debiéramos sacrificar la seguridad pública, sino garantizarla de otro modo, de una manera socialmente más justa y más fructífera.

Como consecuencia, es necesaria una estrategia clara, la que debiera referirse a una prórroga inmediata de la creación de nuevos sitios de encarcelamiento de jóvenes y desembocar en el cierre progresivo de los sitios existentes y su sustitución por servicios que desarrollen enfoques preventivos, sociales o medidas que constituyan reales alternativas al encarcelamiento.

Sin embargo, como hemos visto, no es necesario esperar a que haya una disminución sustancial del recurso al encarcelamiento de jóvenes por el simple desarrollo de alternativas o el establecimiento de políticas sociales. Es necesaria una política proactiva que persiga disminuir la oferta del encarcelamiento. En otros palabras, es necesario cerrar los centros cerrados y otras prisiones para menores. En paralelo, es necesario que los medios así liberados se destinen a políticas sociales y de seguimiento en el medio de vida y de apoyo a las familias...

Distintos estudios, particularmente en el Reino Unido, demostraron que las intervenciones menos punitivas daban mejores resultados. Cuando los jóvenes pueden estar confrontados con las consecuencias directas de sus actos, ellos tienen más oportunidad de no reincidir.

En conclusión

Es indispensable y urgente combatir con la mayor firmeza el recurso al encarcelamiento de jóvenes en Bélgica, en los países occidentales y también en el mundo. Ningún país está totalmente ajeno a las materias denunciadas en este artículo.

Nadie puede cerrar los ojos sobre las consecuencias extremadamente nefastas de la privación de libertad de los niños, tanto sobre los jóvenes involucrados, su familia, el conjunto de la sociedad como sobre la inclusión social de los jóvenes en general.

²² No podemos desarrollarlo aquí, pero la tolerancia frente a otras formas de delincuencia, llamados "de cuello blanco", es insoportable y crea allí injusticias y discriminaciones con respecto a los más débiles de la sociedad.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Es necesario :

- que la prioridad sea concedida a las alternativas de encarcelamiento;
- que las autoridades públicas respeten las normas internacionales que han suscrito sus Estados y se comprometan por lo tanto a limitar las medidas de encarcelamiento;
- que las autoridades públicas se comprometan a reducir el recurso al encarcelamiento trabajando tanto sobre las solicitudes de este tipo de sanciones como sobre las ofertas de otro tipo de medidas privilegiando el trabajo con el joven en su medio de vida;
- que los servicios encargados de educar, de supervisar o de ayudar a los adolescentes puedan transmitir las dificultades encontradas y beneficiarse de instrumentos necesarios para responder de manera coherente con un proyecto de sociedad inclusiva;
- que los actores judiciales competentes, en número suficiente, sean formados e informados para dar real y efectivamente la prioridad a medidas que no hagan uso de la privación de libertad de adolescentes; que hagan confianza a toda la gama de medidas de la que ellos disponen y que no recurran a la privación de libertad;
- que la política de la juventud se apoye en datos confiables, en lugar de hacerlo sobre miedos y clichés;
- que la investigación científica en los ámbitos jurídico, psicológico, sociológico y criminológico estudie de manera profunda todos los aspectos vinculados a la privación de libertad de los adolescentes y a los diferentes tipos de medidas que respondan a la delincuencia juvenil; que además, los resultados de las investigaciones sean propagadas y difundidas ampliamente, tanto a los profesionales interesados como a la opinión pública para hacer evolucionar las mentalidades;

- que la prensa se dé los medios, el lugar y el tiempo para analizar de otro modo el fenómeno de la delincuencia juvenil, y la reacción social frente a la delincuencia, con el fin de informar al público y de evitar transmitir imágenes estereotipadas;

En Bélgica, para detener el recurso cada vez más frecuente al encarcelamiento y derribar esta tendencia privilegiando medidas alternativas, distintos actores de los sectores de la juventud, ayuda a la juventud, mundo académico y de los derechos del niño, francófonos y de lengua flamenca, han constituido un grupo con el fin de reflexionar sobre acciones y estrategias comunes para luchar contra el abuso de la utilización de la privación de libertad respecto a los menores. Ellos han bautizado este grupo como "artículo 40", en referencia al artículo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que trata de la justicia de los menores.

Es fundamental continuar la profundización de los procesos de reflexión iniciados para comprender, de un lado porqué algunas de nuestras sociedades continúan encerrando cada vez más menores en conflicto con la Ley en circunstancias que el derecho internacional dice lo contrario y, por el otra, cuales estrategias pueden contribuir a revertir la tendencia de manera efectiva, aportando un grano de arena a la construcción de sociedades más inclusivas y democráticas.

Benoît van Keirsbilck*

Presidente de " Defensa de los niños y niñas - Internacional " Bélgica

**Observatorio Internacional de Justicia Juvenil--
IV Conferencia internacional**

**Dra Maria Cristina
Calle**



Roma – 9 – 10 de noviembre de 2010

El tema de la Cuarta Conferencia del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil fue: *“Desarrollo de sistemas de justicia juvenil integradores”*. La Conferencia se refirió particularmente a los problemas de trastornos mentales y abuso de drogas, que son “frecuentemente ignorados o por lo menos subestimados en los sistemas europeos de justicia juvenil”, como señaló el Prof. Dr. Frieder Dunkel en la ceremonia de apertura.

El objetivo de la conferencia fue reunir expertos y profesionales que trabajan en las distintas áreas de la justicia, la seguridad social o la salud.

Aproximadamente 400 expertos de distintos lugares del mundo trabajaron más de dos días para lograr una mejor comprensión de los diversos, muchas veces comunes, problemas relacionados con los jóvenes que delinquen y desarrollar redes y sistemas de rehabilitación coherentes con tratamientos y cuidados que permitan satisfacer las necesidades de los jóvenes y de la sociedad previniendo la reincidencia y la victimización.

Muchos países aportaron su experiencia en este campo: Hungría, Canadá, Bélgica, Inglaterra y otros.

La Conferencia contó con la participación del Dr. Elias Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). En su presentación mostró las estadísticas y los resultados obtenidos

en diversos países Latinoamericanos a la luz de las distintas políticas y estrategias terapéuticas.

Desde la perspectiva psicológica, como señaló el Prof. Thomas Grisso de la Universidad de Massachusetts, “hay cada vez más evidencia – aportada por trabajos de investigación científica y profesionales de la justicia juvenil - de que muchos de los jóvenes que delinquen en todo el mundo presentan síntomas de trastornos mentales y graves problemas con el consumo de drogas. Investigaciones confiables en diversos países han demostrado que entre la mitad y dos tercios de los jóvenes que ingresan a los centros de detención preventiva cumplen con los criterios de uno o más trastornos mentales. A medida que se acumula más evidencia, los sistemas de justicia juvenil buscan pautas sobre cómo responder”.

En pos de este objetivo muchos países desean desarrollar políticas y prácticas para mejorar el tratamiento de los jóvenes que padecen trastornos mentales cuando se encuentran bajo custodia a causa de sus delitos.

No obstante, deben tener en cuenta la advertencia expresada por Luigi Citarella del Comité de los Derechos del Niño (Suiza) respecto de la necesidad de que los formuladores de políticas procedan con cautela en la administración de los limitados recursos disponibles para el tratamiento de los trastornos mentales de los jóvenes y para evitar consecuencias negativas inesperadas.

Señaló cinco principios rectores:

- la importancia de los estudios de detección y evaluación en el momento del ingreso
- la necesidad de contar con servicios de salud mental de emergencia
- el compromiso con la aplicación de prácticas sustentadas en la evidencia
- la importancia de evaluar las prácticas una vez que han sido aplicadas, y
- la elaboración de políticas que eviten la “ampliación de la red de control”, en el sentido de evitar la creación de una “cultura basada en el tratamiento” que podría en la práctica llevar más jóvenes al sistema de justicia juvenil.

Este enfoque confirma la necesidad de evaluar la salud mental del joven en el momento del primer contacto con el sistema de justicia juvenil.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Los expertos españoles señalaron un aspecto particular. Ellos señalaron que: “el tratamiento médico de los jóvenes delincuentes con trastornos psiquiátricos presenta nuevos problemas y desafíos ya que el sistema legal ha dispuesto el principio de libre albedrío en la relación médico-paciente. La ley 41/2002 – sobre autonomía del paciente – les otorga a los menores con suficiente nivel de madurez y capacidad, la oportunidad de decidir respecto de su tratamiento médico. Esto significa que en el área específica del tratamiento psiquiátrico de los jóvenes delincuentes, si el menor tiene plena capacidad, puede rechazar el tratamiento. Además, el sistema legal español no ofrece ninguna solución para resolver los casos en los que un joven maduro rechaza el tratamiento psiquiátrico ambulatorio cuando el profesional tiene la plena certeza de que este joven va a reincidir”.

En Italia se ha puesto en práctica el sistema de evaluación MAYSIS-II para identificar, sin un costo excesivo, la presencia de trastornos mentales en la población de jóvenes en conflicto con la ley. No obstante, los expertos reconocieron que es altamente recomendable

tomar en cuenta el estado mental del menor en cada paso del procedimiento penal (acusación, sentencia, custodia).

La Recomendación del Consejo Europeo 2003 “Nuevas Formas de Tratar con la Delincuencia Juvenil y el Rol de la Justicia Juvenil” señala que “para abordar la seria, violenta y persistente delincuencia juvenil, los estados miembros deben desarrollar un espectro más amplio de sanciones y medidas comunitarias innovadoras y más efectivas (a la vez que proporcionales).

Las actividades de la Conferencia de Roma de 2010 estuvieron alineadas con la Recomendación del Consejo de Europa que señala la necesidad de “abordar directamente la conducta delictiva así como las necesidades del infractor”, incluyendo las de los delincuentes juveniles con trastornos psicológicos y problemas psiquiátricos.

Dra. María Cristina Calle* es un psicoterapeuta, criminólogo, autor de la conducta antisocial de menores y consultor de la corte de Milán, donde ella se sienta como juez honorario.

El gobierno de Nueva Zelanda amplía la competencia Linda Mc Iver del Tribunal Juvenil



El 1 de octubre 2010, entró en vigencia en Nueva Zelanda una nueva ley¹ que:

- Permite el procesamiento en el mismo Tribunal de Menores de niños de 12 y 13 años acusados de cometer delitos muy graves;
- Duplica el plazo máximo de algunas condenas que puede imponer el Tribunal de Menores; y
- Crea una serie de órdenes nuevas que puede emitir el Tribunal de Menores.

Niños de 12 y 13 años en el Tribunal de Menores

Tradicionalmente, los niños de 12 y 13 años (además de los niños de 10 y 11 años) que cometían delitos eran procesados en el Tribunal de Menores bajo la presunción de que su conducta era resultado de falta de cuidado o protección en el entorno de su hogar. El gobierno de Nueva Zelanda notó que este sistema no funcionaba para una pequeña pero significativa cantidad de los niños comprendidos en este grupo.

A partir del 1 de octubre de 2010, la Policía tiene discreción para presentar cargos en el Tribunal de Menores contra un niño de 12 o 13 años si se sospecha que cometió un delito muy grave. Según las estimaciones policiales, en virtud de esta disposición, entre 60 y 100 niños de 12 o 13

años serán llevados ante el Tribunal de Menores por año.

No obstante, debemos destacar que la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias de 1989 (Ley CYPF, por sus siglas en inglés) también establece diversos mecanismos para mantener a los niños de 12 y 13 años fuera del sistema de justicia penal:

- El artículo 208(a) de la Ley CYPF exige a la Policía que actúe en base al principio de que, a menos que interés público indique lo contrario, no se deben iniciar procesos penales contra niños o jóvenes cuando existe algún medio alternativo para abordar la situación;
- El artículo 258(b,a) de la Ley CYPF exige que en las reuniones familiares grupales programadas en los casos que involucran a niños de 12 o 13 años se evalúe si el interés público indica que se deben iniciar procedimientos penales contra el menor. Las decisiones tomadas en reuniones familiares grupales no son vinculantes para el Tribunal de Menores, pero cumplen un rol persuasivo;
- El artículo 280A de la Ley CYPF le otorga al Tribunal de Menores la facultad de derivar los cargos presentados contra niños de 12 o 13 años (fuera de los cargos de asesinato u homicidio) a la estación de Policía donde se inició la causa si el Tribunal considera que el niño necesita cuidado y protección debido a su conducta delictiva y que en nombre del interés público resulta más adecuado iniciar un proceso en el Tribunal de Familia que continuar el procesamiento penal.

Extensión del plazo de algunas órdenes emitidas por los Tribunales de Menores

El 1 de octubre de 2010, se duplicó el plazo máximo de las órdenes de institucionalización del Tribunal de Menores de 3 meses a un máximo de 6 meses, y el plazo de la orden de supervisión que se emite simultáneamente (pero entra en vigor al finalizar el plazo de la orden de institucionalización) se duplicó de 6 meses a 12 meses como máximo. Asimismo, el plazo de las órdenes de participación en una actividad (en virtud de las cuales el menor debe asistir a un programa terapéutico en la comunidad) se duplicó de 3 meses a 6 meses como máximo.

¹ La Reforma de la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias (Competencia y Órdenes del Tribunal de Menores) 2010

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El hecho de que se extienda el plazo máximo de estas órdenes no debe interpretarse como una intención por parte del poder legislativo de que el Tribunal de Menores aumente necesariamente el plazo de las órdenes que emite. La intención es ampliar la competencia del Tribunal de Menores y el alcance de sus facultades para elaborar programas que se adapten a las necesidades que surgen de la conducta delictiva de los menores.

Nuevas órdenes

Se han agregado cuatro nuevas órdenes a los recursos disponibles en el Tribunal de Menores:

- Orden de programa de educación parental (art. 283(j,a)): Establece que los menores que tienen hijos o están a punto de tener un hijo deben participar en un programa de educación parental durante un período de seis meses como máximo. Es importante mencionar que el Tribunal de Menores también puede ordenarles al padre o la madre de un menor que asistan a un programa de educación parental.
- Orden de programa de mentoría (art. 283(j,b)): Establece que un menor debe asistir a un programa de mentoría durante un período de 12 meses como máximo.
- Orden de programa de rehabilitación de alcohol o drogas (art. 283(j,c)): Establece que un menor debe asistir a un programa de rehabilitación de alcohol o drogas durante un período de 12 meses como máximo. Si el menor no puede asistir al programa y vivir en su hogar al mismo tiempo, el Tribunal puede emitir una orden de custodia a favor de la Agencia de Servicios a Menores, Jóvenes y sus Familias.
- Orden de supervisión intensiva (art. 296G): Establece que un menor se encuentra bajo la custodia de la Agencia de Servicios a Menores, Jóvenes y sus Familias por un período de no más de 12 meses. El menor puede ser sometido a un estricto régimen de condiciones que pueden controlarse por medio de dispositivos electrónicos. Sólo es posible emitir esta orden en los casos en que un menor viola una condición impuesta

anteriormente por el Tribunal en el marco de una orden de supervisión o una orden de supervisión con actividad.

Las órdenes de supervisión intensiva establecen que el menor debe cumplir los requisitos de un plan redactado por un trabajador social, diseñado para abordar específicamente las necesidades del joven. Cada tres meses, el Tribunal de Menores debe evaluar el progreso del menor en relación con el plan.

Mientras continúa el debate dentro de la comunidad de justicia juvenil de Nueva Zelanda sobre el potencial de criminalización de los niños que presenta la nueva legislación, se está poniendo de manifiesto que hay otros aspectos de la ley que le otorgan mayor competencia al Tribunal de Menores y mayor flexibilidad para elaborar planes que se adapten a las necesidades planteadas por la conducta de los menores que delinquen. En última instancia, se espera que, como resultado, una mayor cantidad de menores sean retenidos en el sistema de justicia juvenil en lugar de ser condenados y transferidos al sistema penal de adultos y que menos jóvenes reincidan en el delito al llegar a la adultez.

Las bases filosóficas de la Ley de Menores, Jóvenes y sus Familias de 1989 permanecen intactas. La comunidad de justicia juvenil de Nueva Zelanda sigue estando fuertemente comprometida con el principio de abordar las necesidades y los actos de los menores que cometen delitos. Según el artículo 4(f) de la Ley CYPF, al tratar a niños y jóvenes que cometen delitos el objetivo es garantizar que estos "sean considerados seres responsables y se los aliente a aceptar la responsabilidad de su conducta", y que "se los trate en forma tal que se responda a sus necesidades y se les de la oportunidad de desarrollar una conducta responsable, positiva y socialmente aceptable".

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

Reflexiones sobre la justicia de menores, Avril Calder, Magistrada Inglaterra y Gales

Historia reciente—Inglaterra y Gales

Algunos de los avances que han tenido lugar en Inglaterra y Gales durante la última década han sido la creación del Consejo de Justicia Juvenil y de los Equipos de Delincuencia Juvenil, además de la introducción de las órdenes de rehabilitación/restauración para jóvenes acusados por primera vez y de las órdenes que exigen que los padres asuman un papel activo en la prevención del delito.

Estas órdenes y otras sanciones comunitarias para los reincidentes, frecuentemente con elementos de reparación/rehabilitación, han sido acompañadas de la asignación de recursos.

Sin embargo, al mismo tiempo se ha registrado un aumento en la cantidad de niños y jóvenes con sentencia de custodia. Por este motivo fuimos

censurados por el Comité de los Derechos del Niño.

Debería decir que los problemas que enfrentamos en el centro de Londres, como uso de arma blanca, delitos cometidos por pandillas y violencia son muy graves y complejos. Las muertes de adolescentes en Londres registran cifras muy altas desde hace algunos años.

Un dato que probablemente ustedes desconozcan es que la edad de imputabilidad penal en Inglaterra y Gales es 10 años, una de las más bajas de Europa. Este dato es indicativo del contexto en el que opera el Sistema de Justicia Juvenil.

A continuación menciono algunos aspectos del Sistema de Justicia Juvenil que veo como fortalezas y debilidades.

Fortalezas

Equipos de Delincuencia Juvenil (YOT) — estructural

Consejo de Justicia Juvenil (YJB) — estructural

Órdenes de remisión—sentencia

Órdenes para padres—resolutiva

Medidas alternativas—estructural

Debilidades

Altas cifras de menores en custodia

Altas cifras de menores en prisión preventiva

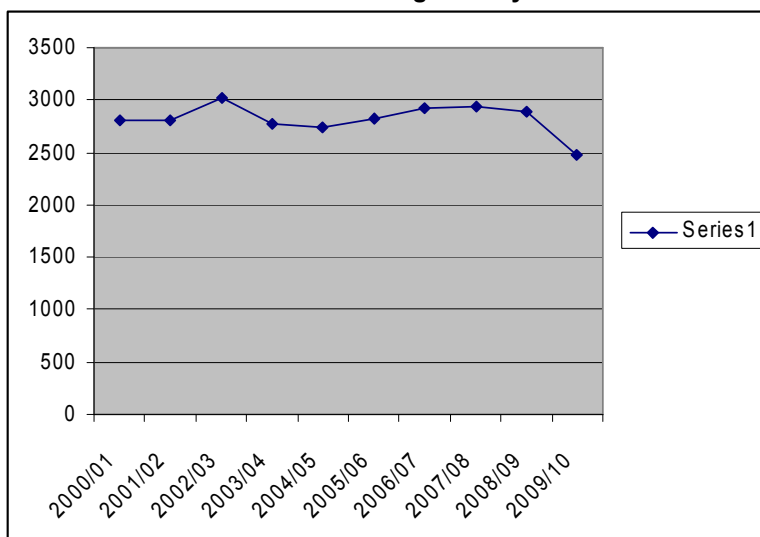
Demoras—estructural

Jóvenes que delinquen mientras se encuentran bajo la tutela de los padres

Debilidades

Comenzaré por las debilidades. ¿Cuáles son las cifras de jóvenes bajo custodia?

**Población promedio de jóvenes menores de 18 años bajo custodia—
2000/01 - 2009/10 Inglaterra y Gales**



Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Notas:

1) los años se computan hasta marzo, por ej. 2000/01 finaliza el 31 de marzo de 2001; y

2) estos números son 'promedios'—indican la cantidad total de menores de 18 años en régimen de custodia en un momento dado, no son las cifras de los menores que ingresan al régimen de custodia durante el curso del año (que son mayores).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

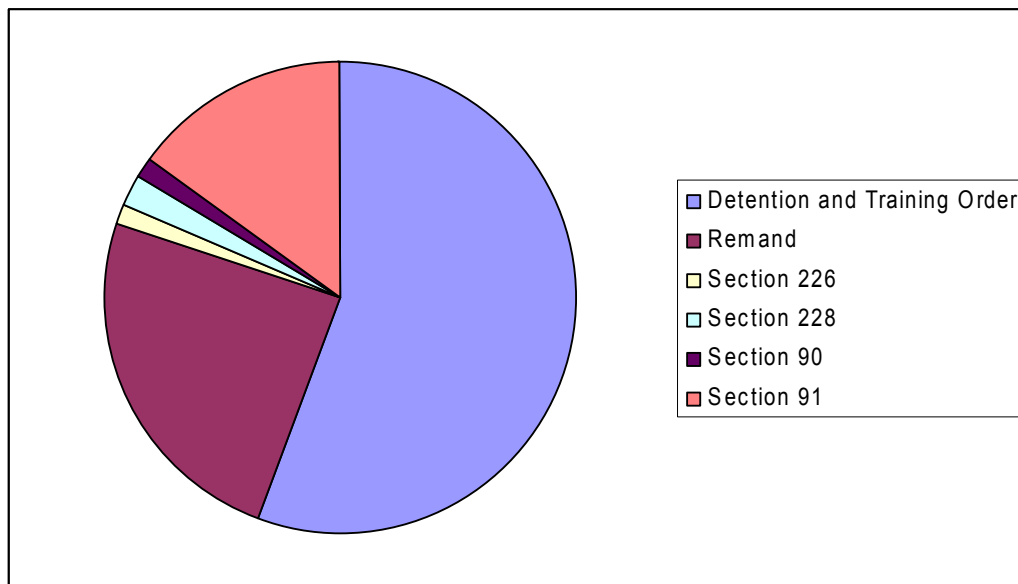
Como pueden ver, la cantidad de menores bajo custodia comenzó a bajar en 2008/09. Es posible que las medidas que se pusieron en vigencia a partir del 1 de abril de 2010 reduzcan aún más las cifras correspondientes a 2010/11. También es posible que las medidas propuestas en el documento de consulta Government's Green Paper¹ determinen una reducción aún mayor de estas cifras. Cito el documento: 'esta medida [la custodia] es una opción costosa que no ofrece los mejores resultados para los jóvenes'.

El Anexo 3 muestra la distribución por edades de los menores que se encontraban bajo custodia en julio de 2008. La mitad tenía 17 años y un 30% tenía 16. Esto significa que un quinto tenía entre 12 y 15 años de edad.

Los totales del gráfico anterior incluyen a los jóvenes bajo custodia que están en prisión preventiva esperando el juicio.

¿Cuáles son las cifras de jóvenes bajo custodia en prisión preventiva?

**Números promedio de jóvenes menores de 18 años bajo custodia, por tipo de detención
Inglaterra y Gales 2009/10**



Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Nota: Las cuatro secciones—226, 228, 90 y 91—son sentencias de custodia de largo plazo por delitos muy graves.

¹ Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En 2009/10 el número promedio de jóvenes en prisión preventiva en cualquier momento dado era 587—casi un cuarto del total, 2481. Esto representa una gran fracción de los jóvenes que se encuentran bajo custodia en cualquier momento dado. El documento Green Paper dice algo en este respecto, especialmente porque 58% de los jóvenes bajo custodia en prisión preventiva no reciben una pena de privación de la libertad. La propuesta es modificar la Ley de Libertad bajo Fianza—probablemente reduciendo de este modo las opciones judiciales—y transferir todos los costos incurridos en las detenciones preventivas a las autoridades locales. En este sentido se plantea la cuestión de la financiación de las autoridades locales —cuánto tiempo debería proveer los fondos el gobierno y cómo se protegerían estos fondos?

Voy a continuar con una breve reseña sobre las **demoras**. Hace algunos años se puso en práctica una iniciativa para reducir la cantidad de días entre la acusación y la sentencia de los jóvenes reincidentes. Se redujo este plazo a la mitad, a 70 días. Esto fue un triunfo, pero es un área en la que es fácil retroceder. Y, sin mucha evidencia (con excepción del aumento en la cantidad promedio de días pasados en prisión preventiva—ver Anexo 2), creo que los plazos ahora se están alargando. En nuestro sistema, la Policía es responsable de la investigación y la Fiscalía Oficial lleva los casos a los tribunales. Por lo tanto, entenderán que hay espacio para bajar el rendimiento.

Hay aproximadamente 80.000 niños y jóvenes en el sistema tutelar. Muchos miles tienen menos de la edad de imputabilidad penal (10 años). Entre los que tienen más de 10 años, hay una cantidad desproporcionada¹ de niños y jóvenes involucrados en la comisión de delitos y en el número de menores bajo custodia. La mitad de los jóvenes que se encuentran en Institutos para Delincentes Juveniles han estado bajo tutela. Cuando se los interrogó sobre sus conductas delictivas, el 23% de los menores bajo tutela declaró haber atacado a alguien con la intención de lastimarlo en los últimos 12 meses y un número similar admitió haber portado arma blanca. Las cifras correspondientes a niños generalmente fueron 14% y 15% respectivamente.

Fortalezas

Estructuralmente, los dos pilares más importantes del Sistema de Justicia Juvenil (YJS) son los Equipos de Delincuencia Juvenil (YOT) y el Consejo de Justicia Juvenil (YJB).

Para los que no están familiarizados con nuestro sistema, quisiera explicarles que en cada municipio hay un YOT compuesto por representantes de la policía, los servicios

sociales, el servicio de libertad condicional, los servicios de salud, de educación, de control de drogas y alcohol y vivienda. Cada YOT cuenta con un coordinador. El YOT puede responder a las necesidades de los delincentes juveniles de forma integral, midiendo los riesgos que representan para la sociedad y aplicando y supervisando programas con el objetivo de reducir la delincuencia.

También debería explicar que el YJB es un organismo público no-departamental que supervisa el funcionamiento de todos los Servicios de Justicia Juvenil—custodia, buenas prácticas para los YOT, trabajo con los jóvenes en riesgo, etc.

Ambos pilares van a sufrir cambios, los YOT porque hay varias propuestas en el Green Paper que significaría que van a tener una carga de trabajo significativamente mayor² ya que se derivan menos jóvenes a los servicios de custodia—se podría decir que están siendo víctimas de su propio éxito; y el YJB porque se va a fusionar con el Ministerio de Justicia.

Dos **órdenes** judiciales han sido efectivas en los últimos dos años, una para los delincentes y una para los padres.

La **Orden de Remisión (2002)** se puso en práctica para los jóvenes acusados de su primer delito que se declaran culpables³. Esta orden dispone que el joven (y uno de sus padres) asista a un Panel de Delincuencia Juvenil⁴. En estos paneles se cuenta con asistencia profesional, por ejemplo psicólogos. El Panel y el joven deciden conjuntamente cuál debe ser la sanción y se firma un contrato que refleja la decisión. Si no se cumple, el joven vuelve al tribunal donde se imparte una nueva sentencia. La Orden de Remisión es registrada por la policía, pero si se la cumple satisfactoriamente no debe ser dada a conocer a la mayoría de los potenciales futuros empleadores.

El Green Paper busca 'nuevas formas de flexibilizar la orden'. También agrega que actualmente las órdenes contienen 'onerosos requisitos'. Entonces, ¿qué se propone? ¿Habrán menos participación profesional de modo de liberar recursos para los jóvenes sentenciados a cumplir una sentencia en la comunidad en lugar de en un régimen cerrado?

Sería triste que se los debilitara, reduciendo de esta manera su valor como medida rehabilitativa y restaurativa.

En todos los casos se considera la posibilidad de una Orden para padres⁵. Cuando el joven

¹ Las cifras oficiales indican que los niños bajo tutela tienen dos veces más probabilidades de cometer delitos que los niños criados por sus propias familias.

² Por lo menos en el corto plazo. Si las tasas de delincuencia bajan con el tiempo, su carga de trabajo disminuirá.

³ 3 a 12 meses

⁴ dos personas del lugar y un funcionario del YOT.

⁵ Ley de Delito y Conducta contraria al Orden de 1998 y Ley de Conductas Antisociales de 2003

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

condenado tiene menos de 16 años, el tribunal debe impartir una orden de este tipo a menos que considere que no es necesario. Se entiende que la orden es una forma de brindar apoyo a los padres, dándoles la posibilidad de adquirir habilidades para tratar con su hijo. La orden puede ser de hasta 12 meses. Puede incluir tres meses de clases sobre la crianza de los hijos. Hay evidencia que demuestra el valor que tiene para prevenir las conductas delictivas. Muchas veces les explico a los padres que la orden no es un castigo, sino una forma de ayudarlos. En general los padres lo entienden, pero no todos aceptan complacidos tener que dedicar su tiempo y saber que si no cumplen con las condiciones de la orden pueden ser sancionados en un tribunal de adultos.

Hay quienes sostienen que estas ordenes violan los derechos humanos, no sólo porque son obligatorias sino porque el incumplimiento puede resultar en una sanción en un tribunal de adultos.

El Green Paper señala que los YOT deben hacer 'uso pleno de las Ordenes para padres'.

Las medidas alternativas son eficaces. Después de una Reprimenda y una Advertencia Final, a la comisión de un tercer delito el menor debe comparecer ante un tribunal. El Green Paper propone cambiar el marco de medidas alternativas extrajudiciales para dar más discrecionalidad a la Policía y a los Fiscales. Hace quince años los jóvenes que cometían delitos podían recibir hasta cinco advertencias, algunas por delitos graves, sin intervención judicial. ¿Ya hemos estado en este lugar?

Conclusión

En resumen, fuera del uso frecuente de los regímenes de custodia, el Sistema de Justicia Juvenil está aplicando un enfoque más restaurativo, reparador y de rehabilitación, en gran medida con el aporte de recursos. La creación de un organismo supervisor del Sistema de Justicia Juvenil, el Consejo de Justicia Juvenil, puso en marcha una serie de medidas orientadas a mejorar la gestión y a la innovación. De modo similar, los YOT son una fuente de conocimiento sobre los jóvenes a nivel de la comunidad (los municipios) donde se lleva a cabo el trabajo, no sólo con los jóvenes que delinquen, sino con los que están en riesgo de delinquir. Los buenos YOT cuentan con información de calidad sobre los jóvenes con los que trabajan y esto se pone de manifiesto en los informes que elaboran para los magistrados y los jueces de distrito.

No tengo certeza, pero es posible que con menos jóvenes en las prisiones se destinen menos recursos comunitarios a los jóvenes que cometen menos delitos o delitos menos graves. Hay una enorme competencia por los recursos públicos, que no cederá en el futuro cercano —un futuro en el que es probable que haya más en lugar de menos niños y jóvenes que ingresen al Sistema de Justicia Penal.

Avril Calder*

Magistrada de Tribunales de Jóvenes y Familias, Londres.

Esta es una versión editada de una charla dada en el seminario de Defensa de los Niños Internacional en Bruselas el 26 de enero de 2011. El artículo expresa opiniones de la autora.

Anexo 1

Promedio de la población de menores de 18 años en custodia

Inglaterra y Gales

Año

2000/01	2807
2001/02	2801
2002/03	3029
2003/04	2771
2004/05	2745
2005/06	2830
2006/07	2914
2007/08	2932
2008/09	2881
2009/10	2481

Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Nota: Incluye la población en prisión preventiva.

Anexo 2

Promedio de días en custodia—jóvenes menores de 18 años

Por forma de detención—tabla

Inglaterra y Gales

	2006/07	2007/08	2008/09	2009/10
Orden de detención & educación (DTO)	107	107	106	109
Prisión preventiva	37	36	42	44
Secciones 90/91/226/228	336	341	367	349

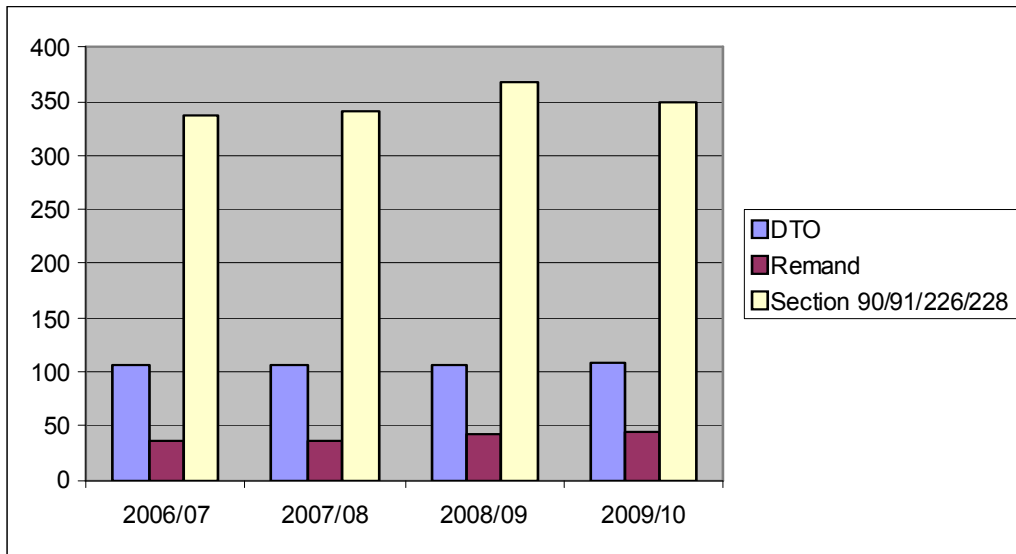
Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Nota: DTO: Orden de detención y educación, por sus siglas en inglés

Promedio de días en custodia—jóvenes menores de 18 años

Por forma de detención—tabla

Inglaterra y Gales

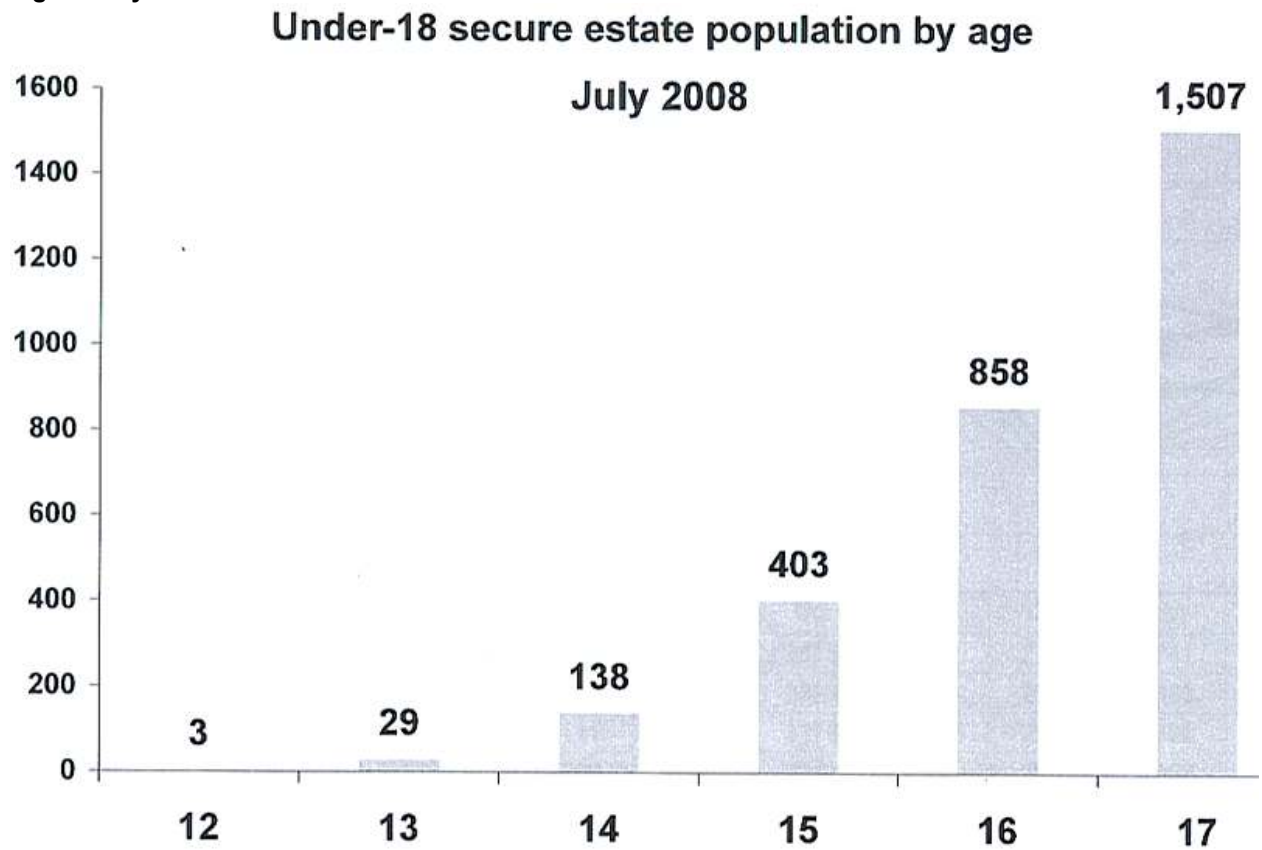


Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Nota: Las cuatro secciones—226, 228, 90 y 91—son sentencias de custodia de largo plazo por delitos muy graves.

Anexo 3

Inglaterra y Gales



Fuente: Consejo de Justicia Juvenil y Ministerio de Justicia

Métodos restaurativos—un avance hacia la educación Juez Sir David Carruthers



La justicia restaurativa es un manera diferente de abordar el delito. El sistema de justicia penal tradicional plantea tres preguntas y brinda tres respuestas. Las preguntas son: qué ley se violó, quién es el culpable y qué castigo merece.

El sistema de justicia tradicional gira completamente en torno al sujeto que viola la ley, sus derechos, sus obligaciones y sus garantías. Con el correr de los siglos, se ha alcanzado un equilibrio muy delicado entre la libertad del individuo y las garantías que lo protegen contra la aplicación de penas arbitrarias y desproporcionadas y la tiranía del estado (o rey).

La justicia restaurativa adopta una postura diferente. En su expresión más desarrollada y efectiva, la justicia restaurativa gira en torno a la víctima.

El Profesor Howard Zehr (a menudo denominado “padre de la justicia restaurativa”) afirma que, tanto en la teoría como en la práctica, la justicia restaurativa debe abordar el proceso desde el punto de vista de la víctima y contemplar las necesidades del individuo que delinque pero concentrándose en la víctima.

La justicia restaurativa establece preguntas distintas frente al delito. Es una forma de responder a los delitos y a sus efectos que pone a los damnificados en el centro de atención del proceso. Su objetivo es reparar el daño causado por el delito, atribuir las responsabilidades necesarias para reparar el daño e incluir en la resolución del proceso a todos los damnificados, incluso la comunidad.

Es un enfoque que actualmente se aplica en todo el mundo. Está contemplado en la ley de niños y jóvenes de nueva zelanda aprobada en 1989, aunque en el momento de su sanción no se le daba el nombre de justicia restaurativa. Estudios recientes realizados en el reino unido han demostrado que los procesos de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal logran reducir la reincidencia en aproximadamente un tercio.

La justicia restaurativa ha ganado adhesión a nivel mundial más como proceso auxiliar de los procedimientos ordinarios de la justicia penal que como sistema judicial primario. Dicha adhesión se debe a que este enfoque individualiza el delito, pone a la víctima en el centro de la escena, puede considerarse un procedimiento de resarcimiento de derechos a la víctima, y ha logrado hacerles comprender a las personas que delinquen cuáles son las consecuencias personales de su conducta delictiva.

Lo que resulta muy alentador es que esta forma de trabajo, que surgió en gran medida en Nueva Zelanda, se ha trasladado a otras áreas de nuestra vida.

La aplicación de los métodos restaurativos en las escuelas está ganando cada vez más espacio en todo el país y también en Australia, el Reino Unido, Estados Unidos de América y otros países.

Historicamente, podemos encontrar claras similitudes entre la forma en que se ha regulado la conducta en la comunidad mediante los procesos de la justicia penal y la forma en que se ha regulado la conducta en las escuelas. Los métodos disciplinarios escolares han sido tradicionalmente similares a los que se utilizaban en los tribunales. Los cuestionamientos que impulsaban el procedimiento eran los mismos: qué norma se violó, quién es el culpable y qué castigo merece. La corriente dominante ha sido la creencia de que las sentencias disuasivas basadas en el pago de multas evitarían la reincidencia.

Pero si nos basamos en el éxito para evitar la reincidencia, ambos sistemas han sido ineficientes.

Ambos sistemas han mostrado una tendencia a descuidar a las víctimas y a la comunidad damnificada.

Lo sorprendente es que los educadores se han adaptado a esta nueva forma de trabajar y están obteniendo resultados asombrosos.

El sistema de justicia restaurativa se puede aplicar en distintos niveles. En algunos casos, el proceso puede comenzar a partir de conversaciones personales entre los miembros del personal y los estudiantes, basándose en un

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

enfoque restaurativo que busca investigar los hechos, sus consecuencias y cómo puede repararse el daño causado. Otra alternativa es realizar una conferencia restaurativa completa inspirada en el modelo de conferencia de grupo familiar de la justicia juvenil que se utiliza en algunas escuelas para abordar las situaciones que resultan muy conflictivas. Otra posibilidad es que participen más partes en el proceso, por ejemplo, las víctimas y los autores, toda la comunidad escolar o representantes de la escuela. Esta variante puede tomar un tiempo considerable.

A modo ilustrativo, cito un ejemplo de proceso restaurativo llevado a cabo en un ámbito escolar, ejemplo que le debo a Mark Corrigan, funcionario del ministerio de educación de Wanganui:

Harley era un estudiante de 9 años que se encontraba en una clase de matemáticas y había tenido un mal día. Tuvo una discusión con un compañero que lo llamó "gay" y otros compañeros se rieron de él. Harley se tapó la cabeza con su campera, alejó su pupitre y no quiso hacer la tarea de matemáticas. El docente le pidió tres veces que continúe con su trabajo sin obtener respuesta alguna, entonces quitó la campera de la cabeza de Harley y éste reaccionó repentinamente, golpeándolo e insultándolo. Al incorporarse arrojó una silla adentro del aula que golpeó a un compañero, levantó una mesa y se la tiró al docente y luego se retiró violentamente de la clase. El docente solicitó atención médica por hematomas en las costillas. Todos, desde el docente hasta la directora de la escuela, desde sus compañeros hasta sus padres, estaban consternados por el incidente.

Si nos preguntamos qué reglas se violaron, quién es el culpable y qué castigo merece, nos ocuparíamos luego de equilibrar los derechos del "infractor" con el bienestar y la seguridad de la comunidad escolar, y sería probable que el resultado implique el fin de la educación de este niño (ésta es la única escuela secundaria en la ciudad).

Sin embargo, la escuela se preguntó cuál era el daño que se había provocado y quiénes habían resultado dañados. El docente estaba desconsolado. Había sido maestro durante 16 años y nunca le había ocurrido algo similar. Sentía que había hecho las cosas mal.

Los compañeros de Harley no estaban muy impactados. Lo que querían era que harley superara su problema de ira y estaban dispuestos a apoyarlo para que lo lograra.

Los padres de Harley sintieron vergüenza. Hacía un tiempo que Harley no presentaba episodios de esta naturaleza y tenían la esperanza de que lo hubiera superado.

La escuela realizó cuidadosos preparativos y acordó una conferencia restaurativa. En la conferencia, Harley relató su visión de lo que había sucedido, en qué estaba pensando, qué es

lo que deseaba que sucediera, y afirmó que luego se había preguntado a quién habría dañado. El docente contó cómo éste episodio los había afectado tanto a él como a su familia y cuáles eran sus sentimientos con respecto a la enseñanza. Los compañeros de Harley contaron cómo habían percibido el episodio ellos y el curso en general. La directora contó cómo la había impactado que le ocurriera esto al docente, que era "una persona maravillosa". La madre de Harley habló de su asombro y vergüenza, y luego habló de las esperanzas que tenía respecto de su hijo.

Luego se elaboró un plan para reparar el daño causado y para impedir que esto volviera a suceder. Se realizaron algunas actividades con harley, con la clase y con el compañero que lo había llamado "gay". La familia se inscribió en el programa de no violencia organizado por el marae local (lugar de encuentro de la tribu maorí).

Al final de la conferencia, Harley recapituló y se dirigió directamente a su docente. Le dijo que entendía que él podía pensar que su perdón era puro palabrerío, pero que quería que supiera que realmente lo lamentaba y que le tenía respeto. Acto seguido, sacó una pequeña bolsa de terciopelo de su bolsillo de la que sacó una piedra verde (taonga maorí, un tesoro o amuleto). Se acercó a su maestro y le dijo "quiero que conserve esto como signo de su mana (autoridad) y del respeto que tengo por usted".

Hace ya un año que se realizó esta conferencia, y el plan tuvo buenos resultados. El maestro se sintió apoyado por sus colegas y siguió trabajando como docente. El trabajo realizado en clase mejoró el comportamiento de los niños. Harley se está desempeñando bien y no tuvo ningún otro problema. La comunidad escolar encontró una manera justa, respetuosa y efectiva de lidiar con una situación difícil. Estos resultados no se pueden lograr con los mecanismos típicos de control y disciplina o aplicando la modalidad de la culpa y el castigo.

Para aplicar los procesos restaurativos en forma integral y completa en las escuelas es necesario sostener un enfoque restaurativo en todos los aspectos administrativos de la escuela, en todas las relaciones que se desenvuelven en su interior y en todos los aspectos de su funcionamiento. De este modo, la comunidad escolar se convierte en una comunidad totalmente inclusiva y restaurativa.

Dentro del grupo de escuelas de Nueva Zelanda que utilizan los procesos restaurativos, las suspensiones y las expulsiones se han reducido más del 50 % en cuatro años. Hay algunas escuelas que han avanzado hacia un enfoque restaurativo integral y otras están siguiendo ese camino. Esto es emocionante y muy valioso. Estas escuelas están descubriendo que pueden prevenir la mala conducta y también lidiar con ella cuando se presenta. Los docentes y los

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

estudiantes pueden dedicarse plenamente a la enseñanza y al aprendizaje. Es valioso desde muchos puntos de vista, y uno de los beneficios no menores de este enfoque es que, según han señalado investigaciones internacionales, la participación continua en los procesos de educación es un importante factor de protección contra el delito. Esto no es otra cosa que la prevención del delito en su mejor expresión.

Este proceso también ayuda a que Nueva Zelanda cumpla con las obligaciones internacionales asumidas con respecto a los niños al ratificar en el año 1993 la convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño de 1989 y, por supuesto, el pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículos 23 y 24) y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 10). En la legislación nacional, el derecho a la educación está consagrado en el artículo 3 de la ley de educación de 1989.

Lo que ha quedado claro es que existe una diferencia entre el control y la disciplina que imponen las escuelas y el verdadero sentido de comunidad.

Los teléfonos celulares de los estudiantes se pueden considerar un buen ejemplo de proceso restaurativo llevado a la práctica.

La mayoría de las escuelas tienen la política de prohibir la posesión de teléfonos celulares. Los profesores no quieren tener interrupciones durante la clase ni perder el tiempo con problemas de hurto o pérdidas de teléfonos celulares. Incluso aunque se castigue a los estudiantes secundarios por violar las normas con sus teléfonos celulares, aproximadamente el 100% lleva un teléfono celular en su bolsillo o mochila.

En un colegio cerca de Wellington, el personal de la escuela comprometió a los estudiantes en una iniciativa para resolver este problema desde un enfoque restaurativo. Ahora los estudiantes pueden utilizar su teléfono celular fuera del aula en los recreos, pero apenas ingresan a las aulas deben apagar sus celulares y guardarlos. En días de lluvia se abre el patio y allí los estudiantes pueden usar sus teléfonos libremente. Tanto el personal como los estudiantes consideran que esta solución es justa. La adhesión es muy alta y no se pierde el tiempo en confrontaciones.

Hace poco tiempo asistí a una conferencia que realizaron docentes de la universidad de Cambridge en el reino unido, quienes han observado el modo en que estos procesos avanzaron en las escuelas y están tratando de darles un marco filosófico y académico.

En esa ocasión, representantes de distintos países hablaron acerca de la manera en que estos procesos están avanzando y de los beneficios que conllevan.

En este sentido, Nueva Zelanda es uno de los países líderes. Es muy difícil calcular cuántas escuelas aplican esta modalidad, ya que no es algo que suela relevarse en los informes, pero los números crecen rápidamente. Un cálculo de la región de canterbury estima que más del 50% de las escuelas secundarias están adoptando un enfoque de procesos restaurativos para abordar problemas de disciplina y rendimiento escolar.

El ministerio de educación está fomentando este enfoque en sus iniciativas para generar compromiso estudiantil como la manera clave de reducir las suspensiones a estudiantes.

Una de las primeras críticas ha sido que estos procesos llevan más tiempo que los procesos tradicionales y que, por lo tanto, en una profesión tensa y sobrecargada de problemas como es la docencia, lo único que logran es agregar una tarea extra a aquellos que ya se encuentran bajo presión. Sin embargo, esa no ha sido la experiencia de los docentes que aplicaron estos procesos. Por el contrario, sus experiencias indican que vale la pena hacerlo, ya que de esta manera se logra solucionar eficazmente los problemas en lugar de dejar que reaparezcan de otra forma. En resumen, vale la pena el esfuerzo.

Los avances han sido enormes y el compromiso es mucho. Debe haber un liderazgo capaz, fuerte y con ideas claras. El apoyo a los docentes y a todos los actores que participan en los procesos debe ser profesional y claro y debe acompañarse de una capacitación adecuada, pero los resultados pueden ser muy buenos. Estamos viviendo momentos históricos. Un mundo nuevo basado en valores antiguos nos espera.

Juez Sir David Carruthers* es Presidente del consejo de libertad condicional de Nueva Zelanda

Un nuevo modelo de administración de casos en Nueva Zelanda **Juez Peter Boshier**



Introducción

El 12 de abril de 2010, el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda puso en práctica el Procedimiento de Intervención Temprana, una de las reformas más significativas introducidas en nuestro derecho de familia desde la creación del Tribunal de Familia como un fuero diferenciado en 1981. Este nuevo sistema ofrece un procedimiento claro, coordinado y eficiente de administración de casos para todas las procesos iniciados en virtud de la Ley de Cuidado de Menores de 2004¹; y, de manera muy simple, modifica radicalmente la forma en que se brinda justicia a las personas que buscan acceder a ella a través del Tribunal de Familia.

Prácticas históricas de administración de casos

La administración de casos en el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda no es nada nuevo. Desde a lo menos 1998 se han redactado Notas de Práctica en las que se describía y analizaba la forma de gestionar los casos². Pero desde esa época a esta parte, el panorama ha cambiado mucho. Debido a que ha aumentado la cantidad de casos que ingresan al Tribunal de Familia, se está haciendo hincapié, justificadamente, en tratar de identificar las necesidades reales de cada caso. Algunos casos requieren muy poca

intervención del Tribunal mientras que otros requieren mayor intervención. Es importante hacer las cosas bien desde el principio y utilizar la totalidad de las herramientas disponibles para garantizar el acceso rápido a la justicia.

Lamentablemente, en el pasado hemos implementado un enfoque uniforme con respecto al administración de casos que no nos resultó necesariamente útil. Dicho enfoque logró evitar que los casos desaparezcan en “agujeros negros”, pero también derivó en la construcción de un sistema bastante rígido basado exclusivamente en los hechos. En relación con los casos que no presentaban ninguna dificultad, la administración de casos generaba una cantidad excesiva de reuniones de las partes y revisiones del caso antes de que se pudiera tomar una decisión concreta. En determinadas ocasiones, esto generaba una demora innecesaria, que es algo que hace mucho tiempo intentamos superar.

Este deseo, junto con una postura sostenida a lo largo del tiempo a favor de un estilo más inquisitorio en el Tribunal de Familia, nos llevó a considerar qué sistemas alternativos podían reducir las demoras, y se impulsaron una serie de iniciativas piloto con este objetivo.

Iniciativas impulsadas anteriormente por el Tribunal de Familia

Entre marzo de 2005 y junio de 2006 se puso en práctica el Programa Piloto de Mediación Familiar en cuatro Tribunales de Familia con el objetivo de probar un sistema de mediación guiada por mediadores especializados en lugar de jueces. Aunque los tribunales en los que se puso a prueba el programa piloto adoptaron distintas prácticas en cuanto a la derivación³ de casos, durante la implementación del programa piloto se ofreció mediación familiar en más de 540 casos⁴, de los cuales 380 fueron derivados posteriormente a un mediador⁵. La evaluación del programa arrojó que el 61% de las mediaciones se resolvieron dentro de un plazo de cinco semanas y un 15% dentro de un plazo de seis semanas⁶. De un total de 257 mediaciones completadas, hubo un 59% de casos en los que se logró que las partes llegaran a un acuerdo en relación con todos los puntos de controversia, y en el 27% de los casos se logró que las partes llegaran a un acuerdo parcial⁷. Luego de la mediación, 109 individuos que habían sido parte

¹ Principal legislación de derecho privado de menores en Nueva Zelanda.

² Ver por ejemplo *The Family Court Caseload Management Practice Note 1998*, disponible en <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes>

³ Helena Barwick y Alison Gray *Mediación familiar – Evaluación del programa piloto* (preparado para el Ministerio de Justicia en 2007), página 11.

⁴ *Ibidem*, página 28.

⁵ *Ibidem*, página 31.

⁶ *Ibidem*, página 32.

⁷ *Ibidem*, página 75.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

en una mediación completaron formularios de sondeo, y éstos fueron complementados con 26 entrevistas⁸, las cuales presentaron una mayoría de respuestas positivas sobre la experiencia de la mediación. Se determinó que estas mediaciones eran más expeditas que aquellas guiadas por jueces⁹ y que los mediadores capacitados tenían la cualidad de mantener el foco principal del proceso en los intereses de los niños y lograban evitar que los asuntos interpersonales de los padres dominaran el proceso. De esta manera se demostró que es positivo que los procesos de mediación no sean guiados por jueces, pero esto no lograba conformar por sí solo un modelo de intervención temprana apropiado para el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda.

A su vez, mientras se ponía en práctica el programa piloto de mediación, se consideraban posibles formas de reducir las demoras en los procesos, especialmente en casos de derecho de menores. El resultado fue el Programa Piloto de Audiencias Parentales (PHP, por sus siglas en inglés), que consistía en programar una 'audiencia conciliatoria preliminar' con el objetivo de lograr que el proceso sea menos controvertido y tenga plazos más rigurosos. En septiembre de 2009, los jueces del Tribunal de Familia analizaron detalladamente la evaluación final del programa PHP y decidieron que este modelo no resultaba ideal por sí solo. Aunque tenía el beneficio de otorgar a los jueces un mayor control sobre el caso¹⁰ y de proporcionar a las partes acceso directo a los jueces en una instancia más temprana¹¹, el concepto de una 'audiencia conciliatoria preliminar' no resultó tan sólido como se esperaba. Muchos jueces comenzaron a emitir órdenes provisionales (en la mitad del proceso), y el ingreso al programa no era uniforme.

No obstante, en 2009 el Tribunal de Familia de Christchurch dio comienzo a su propio Programa de Intervención Temprana, y para el pasado mes de septiembre ya se veían claramente los numerosos méritos de este modelo. El año pasado ingresaron 469 casos al Programa, de los cuales aproximadamente el 75% se sometieron a mediación. Asombrosamente, a través de la mediación se resolvió el 81,4% de estos casos. Luego de esto, la gran mayoría de los casos restantes se resolvieron mediante una reunión conciliatoria guiada por el juez. De los 469 casos, sólo 11 casos, equivalentes al 2% del total, requirieron una reunión conciliatoria. En base a esto, decidimos combinar las mejores características del Programa de Intervención Temprana de Christchurch y el Programa de

Audiencias Parentales y desarrollar un nuevo modelo.

Procedimiento Nacional de Intervención Temprana

El resultado fue el desarrollo del Procedimiento de Intervención Temprana. Este procedimiento incluye un proceso de selección de casos diseñado para garantizar que los casos que presentan indicadores de gran complejidad o cuya solución parece muy difícil sean identificados y derivados inmediatamente a revisión judicial. Por ejemplo, los casos de violencia familiar comprobable entran en esta categoría¹² y el cumplimiento de los plazos legales resulta esencial para garantizar que dichos casos se traten con la celeridad necesaria desde el comienzo hasta la resolución. Es fundamental que la intervención judicial sea inmediata y sólida en los casos de padres que se separan y tienen problemas graves que requieren una solución urgente, ya que si no se procede inmediatamente a la intervención judicial es posible que el caso sea derivado a asesoría o mediación y que la parte que ha incurrido en incumplimiento de obligaciones o comportamiento abusivo adquiera una ventaja sobre la otra parte en detrimento de los niños.

Mientras que un pequeño porcentaje de casos ingresa al sistema de intervención temprana por esta vía sumaria, la mayoría de los casos ingresan por la vía ordinaria, mediante la cual nos aseguramos de que se tomen todas las medidas de resolución de controversias con la mayor celeridad y responsabilidad posibles. Al ingresar al sistema por la vía ordinaria, las partes son derivadas a un curso de '*crianza y separación*' para aprender más sobre los efectos de la separación en sus hijos¹³. Este curso consiste en dos módulos de dos horas cada uno; el primero trata sobre las consecuencias psicológicas de la separación y el segundo sobre las consecuencias legales. El objetivo fundamental del curso es brindar herramientas a los padres para que estén mejor preparados para llegar a un acuerdo adecuado en relación con el cuidado de sus hijos.

Además, se brinda a los padres asesoría jurídica, preferentemente a los dos juntos. La asesoría incluye una supervisión rigurosa del Tribunal para determinar si se está logrando el resultado esperado y si esto no ocurre, en lugar de esperar que se completen las sesiones de asesoría programadas, el caso se somete a revisión y es derivado por la vía ordinaria a un procedimiento

⁸ Ibidem, página 65.

⁹ Paul von Dadelsen, "Reformas judiciales en el Tribunal de Familia de Nueva Zelanda" (2007) 5 NZFLJ 268, página 272.

¹⁰ Trish Knaggs y Anne Harland *Programa Piloto de Audiencias Parentales: Informe de evaluación* (preparado para el Ministerio de Justicia, año 2009), páginas 17 y 18.

¹¹ Ibidem, páginas 16.

¹² Otros casos que entran en esta categoría son: reducción del plazo otorgado, medidas de ejecución de resoluciones judiciales (órdenes o advertencias judiciales), casos de reincidencia, traslado unilateral y suspensión de contrato.

¹³ Para más información sobre el curso de '*crianza y separación*', por favor ingrese a <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/documents/pdf-pamphlets/parenting-through-separation.pdf/view?searchterm=parenting%20through%20separation>.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

de mediación guiado por un mediador especializado. Los mediadores especializados son abogados especialmente capacitados en mediación y son designados por el Tribunal para desempeñar esta función. Si no se logra resolver un caso mediante la asesoría o la mediación, se programa una reunión conciliatoria de cuarenta y cinco minutos con las partes.

Si se programa una reunión judicial conciliatoria, los abogados deben presentar un escrito en el que se describa los hechos y los temas controvertidos y se detallen cuáles son los puntos de acuerdo y desacuerdo entre las partes para que el juez cuente con toda la información relevante antes de la reunión. Los abogados y las partes deben asistir a esta reunión, ya que en ella se evalúa meticulosamente cada postura. La experiencia de Christchurch demostró que esta reunión de cuarenta y cinco minutos de duración, realizada ante un juez, a menudo aporta una cuota de realidad a las posturas de las partes y permite que lleguen a un acuerdo. Sin embargo, hay algunos casos que requieren la realización de una audiencia incluso después de realizada la reunión conciliatoria. En ese caso, la audiencia se realiza lo antes posible para evitar que una de las partes se vea beneficiada por la demora. Si el juez lo considera necesario, el Tribunal puede solicitar un breve informe psicológico sobre los niños involucrados en el caso, el cual será redactado por un psicólogo.

El objetivo del Procedimiento de Intervención Temprana es resolver la gran mayoría de los casos de derecho privado que involucran a menores, ya sea a través de la intervención judicial directa por la vía sumaria o a través de los métodos alternativos de resolución de controversias por la vía ordinaria. No obstante, siempre habrá algunos casos (como los casos controvertidos de violencia, abuso sexual, traslado de menores y síndrome de alienación parental) que requerirán la realización de audiencias de formato tradicional. Nuestro sistema también conserva la posibilidad de resolver controversias mediante el enfoque acusatorio tradicional, que requiere la presentación y evaluación de pruebas. Lo que se debe garantizar en esos casos es que tanto las pruebas ofrecidas como las preguntas realizadas durante la contrainterrogación sean relevantes. Si no lo son, los jueces deberían dictaminar que dichas pruebas o preguntas están fuera de lugar.

Conclusión

Espero que el resultado final de este emocionante e importante desarrollo sea un mejor acceso a la justicia por parte de los niños y padres que recurren al Tribunal de Familia. También es mi deseo que utilicemos los recursos en forma más eficiente, y que desde el inicio hasta la resolución de los casos cada una de las tareas sea realizada por la persona más adecuada para hacerla.

Peter Boshier*, Juez Principal del Tribunal de Familia de Nueva Zelanda

La industria de la maternidad subrogada

Anil Malhotra, India



En la India, las madres sustitutas mitológicas son ampliamente conocidas. Yasoda crió a Krishna, aunque Devaki y Vasudeva eran sus padres biológicos. Gandhari le dio 100 hijos a Dhritarashtra a pesar de no tener vinculación biológica con ellos. El impulso primigenio de tener hijos biológicos, de nuestra propia sangre y ADN, combinado con la tecnología, el poder del dinero y el espíritu empresarial indio ha generado una “industria del turismo reproductivo” que hoy se conoce en la jerga médica como “Tecnología de Reproducción Asistida” (TRA).

En el Reino Unido, los contratos de maternidad subrogada (también denominada subrogación gestacional o alquiler de útero) no son vinculantes. En la mayoría de los estados de Estados Unidos, los contratos de subrogación gestacional remunerada son ilegales o inaplicables (no se puede exigir su cumplimiento). En algunos estados de Australia, celebrar contratos comerciales de subrogación gestacional es un delito y los contratos de subrogación por los cuales se cede la tenencia de un niño a terceros se consideran nulos. En Canadá y Nueva Zelanda, la subrogación comercial se considera ilegal desde el año 2004, aunque se permite la subrogación altruista. En Francia, Alemania e Italia, la subrogación es ilegal, sea comercial o no. En Israel, la ley sólo acepta a la madre sustituta como la madre real, y la subrogación comercial se considera ilícita. Entonces, ¿qué es lo que hace que en la India se pretenda sancionar un Proyecto de Ley que establece que los contratos de subrogación son legalmente ejecutables y protege a los padres genéticos, la madre sustituta y el niño?

El auge de la subrogación gestacional en la India comenzó en enero de 2004 cuando una abuela dio a luz a los mellizos de su hija. Este suceso, que se difundió en todo el mundo, generó el advenimiento de una especie de industria artesanal en Gujarat. Hoy en día, mientras que Islandia da a conocer a su nueva Primera Ministra, que es la primera mujer abiertamente lesbiana en un cargo político, la India se jacta de ser el primer país con intenciones de legalizar la subrogación comercial tanto a nivel interno como

entre países, dado que hay abundantes casos en ambas modalidades.

Los aspirantes a padres de la diáspora india en los Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá y los extranjeros de Malasia, los Emiratos Árabes Unidos, Afganistán, Indonesia, Uzbekistán, el Pakistán y Nepal están acudiendo a los bancos de esperma y los centros de Fertilización In Vitro (FIV) de la India en búsqueda de los rasgos genéticos exactos de Asia del Sur en los donantes de esperma.

En la India, el alquiler de útero es una opción fácil y barata. El costo relativamente bajo de los servicios médicos, la gran oferta de úteros de alquiler, la gran variedad de donantes con características étnicas similares y la falta de leyes que regulen estas prácticas hacen que tanto los extranjeros como los indios no residentes recurran a los bancos de esperma y a las madres sustitutas de la India.

La India se ha convertido repentinamente en un centro floreciente del mercado de la fertilidad con una industria de “turismo reproductivo” cuya actividad se ha estimado recientemente en 250.000 millones de rupias (5.000 millones de dólares estadounidenses). Estas prácticas, clínicamente denominadas TRA, han estado de moda en la India desde 1978 y hoy se calcula que existen alrededor de 200.000 clínicas en todo el país que ofrecen inseminación artificial, FIV y servicios de subrogación.

Tanto es así que en 2008, en su decisión sobre el caso de la beba Manji Yamada (*Baby Manji Yamda vs. Union of India*), la Corte Suprema observó que la “subrogación comercial” cuando alcanza “proporciones industriales muchas veces es denominada con términos emocionalmente fuertes o potencialmente ofensivos como úteros de alquiler, embarazos tercerizados o criadero de niños”. Supuestamente, se considera que la subrogación es legal porque no hay ninguna ley que la prohíba. Sin embargo, tampoco hay ninguna ley que la apruebe expresamente. De todos modos, la constante renovación de las leyes va a dar lugar próximamente al debate legislativo sobre una ley de alquiler de úteros, cuya aprobación haría que la India sea el primer y único país en el mundo en legalizar la subrogación comercial.

A falta de una ley que regule la subrogación, el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR, por sus siglas en inglés) publicó en el año 2005 una guía de pautas para evitar malas prácticas en el uso de las Tecnologías de Reproducción Asistida (TRA). Estas pautas nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regulación de las Clínicas de TRA de la India, del año 2005, no tienen jerarquía de ley y, por lo tanto, no gozan de inviolabilidad y no son vinculantes. Al no establecer pautas sobre las cuestiones de mayor

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

importancia, la Guía tiene poca eficacia y sus disposiciones son frecuentemente violadas. En el negocio de la subrogación abundan la explotación, la extorsión y los abusos éticos, que ocurren sin ninguna consecuencia legal, y las madres sustitutas son maltratadas en forma impune. En el Reino Unido, los Estados Unidos y Australia, los servicios de subrogación cotizan a más de 50.000 dólares, mientras que los sitios web de la India publican avisos publicitarios donde se ofrecen diversos precios en el rango de los 10.000 dólares además de donantes de óvulos y madres sustitutas. La subrogación dio lugar a un mercado de libre comercio, floreciente y próspero en el negocio de los bebés.

En un fenomenal ejercicio de voluntad tendiente a legalizar la subrogación comercial, el gobierno de la India publicó recientemente en Internet el Proyecto de Ley (de reglamentación) de Normas sobre Tecnología de Reproducción Asistida de 2010 con el objetivo de recibir opiniones del público. El Proyecto fue redactado por un comité de 12 miembros conformado por expertos del ICMR, médicos especialistas y expertos del Ministerio de Salud y Bienestar Familiar, entre otros integrantes. Este Proyecto de Ley, también discutido en el año 2008, se presenta como una ley cuyo objetivo es proporcionar un marco nacional para la Regulación y Supervisión de las Tecnologías de Reproducción Asistida y los temas relacionados o las cuestiones incidentales que surgen del tema. La intención es presentar un único Proyecto de Ley ante el Parlamento indio. El Proyecto legaliza la subrogación comercial para personas solteras y parejas, sean casadas o no, instando a la proliferación de esta actividad, y establece que la madre sustituta quedará legalmente obligada por cualquier contrato de subrogación que suscriba. La madre sustituta podrá recibir una remuneración y deberá renunciar a todos sus derechos parentales.

El Proyecto de Ley de 2010 establece que los extranjeros o indios no residentes que viajen a la India para alquilar un útero deberán presentar documentación que confirme que en su país de residencia la subrogación se considera legal y que dicho país acepta otorgarle la nacionalidad a un niño nacido del útero de una madre sustituta india en virtud de un contrato de subrogación. Es posible que esta disposición se incluya como consecuencia de la batalla legal de dos años que se desarrolló en torno a los hermanos Nikolas y Leonard, hijos de la pareja alemana Jan Balaz y Susan Lohlad, dados a luz por una madre sustituta india en enero de 2008, quienes fueron considerados apátridas ya que no se les reconocía la nacionalidad alemana ni la india. En mayo de 2010, la Corte Suprema les concedió el permiso de salida.

De la misma manera, una pareja gay israelí estuvo varada en Mumbai y sólo obtuvo pasaportes de Israel luego de que una prueba de ADN determinara que Dan Goldberg era el padre

biológico de Itai y Liron, nacidos del vientre de una madre sustituta en Mumbai. Esto ocurrió luego de que se debatiera el tema en el Knesset (el Parlamento de Israel) y un Tribunal de Jerusalén decidiera en segunda instancia que, en virtud del interés superior de los niños, se debía realizar una prueba de ADN para establecer la paternidad.

Es necesario realizar un debate a conciencia antes de que se apruebe esta ley. Éticamente, ¿es admisible que las mujeres reciban dinero para ser madres sustitutas? ¿Se pueden vender y comprar los derechos de las mujeres y los niños? Si se viola un contrato de subrogación, ¿la ley considerará que equivale a cometer adulterio? ¿La nueva ley es un intento de superar los complicados procedimientos de adopción que impone la legislación india? ¿El objetivo de la ley es comprometerse con la realidad legitimando los negocios de subrogación existentes? ¿La India quiere fomentar el “turismo reproductivo”? ¿La Ley protege a la madre sustituta? ¿La India debería llevar la delantera en la aplicación de una ley cuya aceptación no se promueve en la mayoría de los países? Éstas son sólo algunas de las preguntas que deberíamos responder antes de sancionar la nueva ley. Es necesario que analicemos este tema con detenimiento e introspección para tomar una decisión concienzuda. ¿Queremos efectos negativos o positivos? No deberíamos dejar que el tiempo y los hechos decidan por nosotros. Debemos decidir ahora. Debemos debatir el Proyecto de Ley de subrogación hasta que no quede ningún cabo suelto.

A pesar de las complejidades legales, morales y sociales que atraviesan a este tema, no podemos impedir que las personas exploren la posibilidad de ser padres. Las mujeres que alquilan su vientre para subrogación gestacional se están despojando lentamente de las inhibiciones y del miedo al ostracismo social para brindarles felicidad a parejas que no tienen niños. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el Proyecto de Ley tiene lagunas de derecho, omite la creación de una autoridad legal especializada que pueda determinar los derechos legales de las partes por medio de fallos judiciales y presenta contradicciones con la legislación vigente. Estas deficiencias pueden hacer que la nueva ley quede finalmente en la nada.

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

Involucrar al padre en los procesos de protección de niños

Juez Leonard Edwards (ret)



Cuando el padre no tiene la tenencia de los niños rara vez comparece ante la justicia en los procesos de protección de niños. Algunos padres no pueden ser ubicados, otros no quieren participar; hay ciertas leyes estatales que dificultan el acceso de los padres a la información sobre los procedimientos y su participación; también hay madres que no quieren que los padres estén al tanto de los procedimientos y a veces los trabajadores sociales son ambivalentes a la hora de involucrar al padre. Muchos observadores hablan del tribunal juvenil como el “tribunal de las madres”, ya que su actividad principal es reunir a los niños con sus madres mientras que los padres quedan relegados. A pesar de todas estas barreras, desde una perspectiva judicial y desde la perspectiva de los niños, los padres deberían estar involucrados en los procesos de protección de niños.

Existen muchas razones por las que esto debería ocurrir. La participación del padre puede derivar en mejores resultados para el niño. El padre puede brindar un hogar al niño, puede desarrollar una relación positiva con él, puede proporcionarle recursos, y tal vez los familiares del padre pueden brindarle un hogar alternativo al niño en caso de que ninguno de los padres pueda hacerlo. Los niños necesitan saber quién es su padre, y, de ser posible, tener un vínculo significativo con él. El compromiso del padre en los procesos de protección de niños permitiría que esto suceda.

Desafortunadamente, nuestra historia y nuestra legislación parecen desvalorizar y castigar a los padres solteros y a sus hijos. Los hijos de padres solteros han sido llamados con nombres como “bastardos”, “hijos de una cualquiera” e hijos ilegítimos, y sus madres son comúnmente llamadas “putas”. Estos términos provienen de tiempos medievales en los que el matrimonio era importante a los fines de recibir la herencia y la religión cristiana imponía la idea de que el matrimonio era el marco indispensable y

apropiado para tener hijos. Nuestra legislación aún refleja prejuicios sobre los padres solteros. Sin embargo, los procesos modernos de protección de niños giran en torno al interés superior del niño. El niño no sabe si sus padres están casados o no le interesa que lo estén (al menos a una edad tan temprana). Lo que el niño quiere es conocer a su familia, a toda su familia, y esto incluye al padre y a los parientes del padre.

Si los tribunales están realmente al servicio del interés superior de los niños, en este tipo de procesos deben identificar rápidamente al padre y a los parientes del padre para incluirlos lo antes posible en el proceso. Los jueces tienen un rol fundamental en la identificación de los padres y pueden ejercer una profunda influencia para lograr que éstos participen en los procesos de protección de niños.

Entre otras cosas, el juez puede:

Identificar a los posibles padres a la mayor brevedad. Las averiguaciones pueden comenzar solicitando información al trabajador social o funcionario estatal que presente el caso del niño ante el tribunal, pero el juez debe interrogar también a la madre y a otros parientes sobre la identidad del padre.

I. Interrogar **bajo juramento** a la madre en relación con la identidad del padre. Es probable que el juez obtenga más información que la que puede obtener cualquier otro funcionario del sistema judicial realizando preguntas en un entorno judicial formal y haciendo hincapié en la importancia de la investigación.

II. Localizar al padre o los posibles padres. Esta investigación pone sobre el trabajador social la responsabilidad de examinar cárceles, penitenciarías, registros de automotores, expedientes de manutención infantil y cualquier otro lugar o base de datos en donde se pueda ubicar al padre u obtener información sobre su paradero. El éxito de esta investigación dependerá del criterio que establezca el juez para la búsqueda que realizará el trabajador social y del énfasis que ponga el juez en abordar esta tarea.

III. Ordenar al trabajador social que realice un seguimiento de cada dato sobre el padre que aporten los comparecientes en las audiencias judiciales. El trabajador social debe tomar nota cuando el juez cuestiona a la madre (o a cualquier otro miembro de la familia) acerca de la identidad y ubicación del padre. También debe ordenar al trabajador social que informe al tribunal sobre los resultados de cualquier búsqueda.

IV. Ordenar al trabajador social que notifique personalmente a todos los posibles padres acerca del proceso judicial y que tome

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

todas las medidas razonables para que estos hombres tengan la posibilidad de comparecer en las audiencias.

V. Insistir a todos los asistentes sociales que trabajan en el caso para que se esfuercen en identificar, localizar y apoyar al padre a lo largo del proceso de protección del niño. En los Estados Unidos, el juez debe dictaminar que “no se han realizado todos los esfuerzos razonables” si el trabajador social no cumple estas órdenes judiciales.

VI. Repetir las preguntas relativas a la identidad y ubicación del padre en todas las audiencias judiciales subsiguientes.

VII. Cuando un posible padre comparece ante el tribunal, manifestar que su presencia es bienvenida, dado que es una persona importante en la vida del niño. Informar al padre que una vez que se determine su paternidad será tratado como padre en todas las audiencias judiciales subsiguientes.

VIII. Ordenar que la prueba de paternidad se realice lo más pronto posible con costas a cargo del Estado. El costo de la prueba de paternidad correrá por cuenta de la agencia de servicios para niños, la agencia de manutención de niños o cualquier otro organismo público que corresponda.

IX. Designar a un asesor legal para el padre con costas a cargo del Estado en forma inmediata o, por lo menos, lo más rápido posible luego de que se determine su paternidad, con posibilidad de reembolso en caso de que tenga suficientes recursos económicos.

X. Ordenar visitas del padre al hijo. Aclararles al padre y a todas las personas involucradas en el proceso que el padre será tenido en cuenta a la hora de decidir cuál será el lugar de residencia del niño. Si el padre se encuentra en prisión, contemplar el uso de medios de comunicación alternativos, como

llamadas telefónicas y cartas, para que tenga contacto con el niño.

XI. Realizar una búsqueda para identificar a la familia extendida del padre y asegurarse de que los familiares del padre estén al tanto del proceso judicial y sepan que se los tendrá en cuenta si es necesario establecer un lugar de residencia para el niño.

XII. Permitir que la familia extendida participe en los procesos de toma de decisiones grupales, las visitas y las audiencias judiciales.

XIII. Determinar si el padre representa un peligro para la madre o para el niño y tomar las medidas de protección que resulten necesarias.

XIV. Promover el desarrollo de servicios sociales que aborden las necesidades de los padres, como cursos de paternidad, asistencia para padres, asesoramiento de padres a otros padres y otros programas con enfoque de género.

Los niños necesitan saber quién es su padre. Necesitan conocer a todos sus familiares, no sólo a los parientes del lado materno. Es posible que los niños tengan un mejor devenir en la vida si tienen vínculos con todos los integrantes de su familia. Estas afirmaciones son particularmente acertadas en los procesos de protección de niños, donde el Estado debe intervenir en nombre del niño. La identificación y participación de los padres y sus familias puede verse profundamente incentivada por la conducción del juez y las medidas que tome el tribunal juvenil.

Juez Leonard Edwards* (retirado)

Ésta es una versión resumida de un trabajo más extenso, cuya versión completa se puede obtener a través de una solicitud al autor o al editor en jefe.

Homenaje a Mary Mentaberry



Me complace poder publicar por este medio un homenaje a Mary Mentaberry, Directora Ejecutiva del Consejo Nacional de Magistrados de la Juventud y la Familia (NCJFCJ, por sus siglas en inglés), de Reno, Nevada, Estados Unidos. Estas palabras se publicaron por primera vez en el periódico American Press.

Mary Mentaberry, Directora Ejecutiva del NCJFCJ anunció que se retirará el 30 de septiembre. Mentaberry, que ha sido miembro del Consejo durante 37 años, los últimos 6 en el cargo de Directora Ejecutiva, está dejando su puesto para trabajar en otros intereses. "Las contribuciones que ha hecho Mentaberry al Consejo durante las últimas cuatro décadas han sido ejemplares", dice el Presidente Michael Key, además de que "extrañaremos su dedicación a la misión del Consejo y sus esfuerzos en nombre de los tribunales juveniles de todo el país".

Durante los últimos dos años, con Mentaberry a la cabeza del Consejo, el NCJFCJ fue elegido finalista para recibir el premio al mejor lugar de trabajo en Reno, Nevada. Mentaberry recibió numerosos premios en forma individual y también en nombre del Consejo, como el premio por brindar servicios efectivos a los niños y sus familias en diciembre de 1998 [Award for

Achievement for Service to Families and Children] entregado por Shay Bilchik, ex administrador de la Oficina de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos; y el premio por servicios distinguidos del año 2008 (Distinguished Service Award) del Centro Nacional de Tribunales Estatales (NCSC), entregado por Mary McQueen Presidenta del NCSC. También en 2008, Mentaberry fue homenajeada junto con el congresista estadounidense Patrick Kennedy (D-RI) por su prolongado compromiso con los niños en la gala del aniversario 25 de la Asociación Nacional de Niños de Padres Alcohólicos, realizada en Washington, D.C. En marzo de 2001, Mentaberry aceptó un premio de la fundación Dave Thomas Foundation for Adoption en nombre del Departamento de Planificación Permanente para Niños del NCJFCJ por sus extraordinarias contribuciones a la reforma sistémica en el área de las adopciones.

Mentaberry ha sido reconocida por su destacada tarea en la preparación del Proyecto Judicial Modelo de Ley de Víctimas [Victims Act Model Courts Project] elaborado por el Consejo y reconocido a nivel nacional, en el que trabajó desde que se comenzó a elaborar el proyecto hasta 2004, año en que asumió el cargo de Directora Ejecutiva del NCJFCJ. El proyecto apunta fundamentalmente a mejorar las prácticas judiciales en los casos de maltrato o descuido de niños y se está implementando en jurisdicciones de todo el país, entre las que se incluyen Los Angeles, Chicago y la Ciudad de Nueva York.

El Consejo es una organización sin fines de lucro cuya tarea principal es mejorar las prácticas judiciales y fortalecer a los tribunales de la juventud y la familia para que ofrezcan mejores soluciones a los niños y sus familias en todo el país. El NCJFCJ, ubicado en la Universidad de Nevada, en Reno, ofrece recursos de importancia fundamental para los jueces y los sistemas judiciales del país desde el año 1937.

La sección europea de la AIMJF nació oficialmente Joseph Moyersoén

El 27 de noviembre de 2010, en Bolonia, durante el Congreso de la Asociación Italiana de Magistrados para la Juventud y la Familia, la Sección Europea de la AIMJF nació oficialmente. A través de un proyecto de *Save the Children*, presentado y aprobado por la Comisión Europea sobre el tema de los menores extranjeros no acompañados en el cual también participó la AIMJF, una reunión de la Sección Europea de la AIMJF tuvo lugar con el gasto de un participante por cada país cubierto con financiamiento de la UE.

A la reunión asistieron Beate Matschnig (Austria), Francine Biron (Bélgica), Daniel Pical, Hervé Hamon, Geneviève Lefebvre y Robert Bidart (Francia), Joseph Moyersoén (Italia), Ewa Waszkiewicz (Polonia), Beatriz Borges Marques (Portugal), Avril Calder (Reino Unido) y Anne Catherine Hatt (Suiza). La reunión contó con la presencia de Marilyn Fontemachi y Eduardo Brandi (Argentina) y una docena de colegas italianos en calidad de observadores.

El mandato de la Sección Europea, ya examinados por el Comité Ejecutivo y el Consejo de AIMJF en Sión el 10 de octubre 2010, fue aprobado y firmado en su versión final por los participantes. En esta ocasión, **Daniel Pical** fue elegido Presidente y **Anne Catherine Hatt**, Vicepresidente.



El tema de la reunión fue la situación de los menores extranjeros no acompañados y los participantes recogieron una gran cantidad de información sobre la base de un cuestionario centrado en seis áreas: definición, datos estadísticos, identificación, recepción, integración y repatriación.

La situación que surge de la discusión está muy diversificada en todos los países, pero lo que hay en común en todas las situaciones nacionales

tratadas, con excepción de Portugal, es la presencia de un gran número de menores extranjeros no acompañados, especialmente en Francia e Italia.



Entre las informaciones más importantes surgidas de la discusión, el acuerdo para la repatriación de menores extranjeros no acompañados entre Rumania y Francia ha sido considerado inconstitucional por el Consejo Constitucional francés y por lo tanto fue anulado. La cuestión es actualmente objeto de la atención de la justicia italiana sobre la legitimidad de un Acuerdo similar adoptado entre Rumania e Italia.

Otro aspecto interesante fue el hecho de que algunos países hacen una distinción entre el menor extranjero que hace una solicitud de asilo político y los menores no acompañados que no lo solicitan (por ejemplo Bélgica) y otros en que no se hace tal distinción y en que el menor extranjero no acompañado es siempre considerado como solicitando asilo (Austria).

Todos los resultados de la discusión acerca de esta temática serán, entre otros documentos, publicados en el sitio web de la AIMJF www.aimjf.org que pronto estará disponible (y que ya funciona *on-line*).

La próxima reunión de la Sección Europea estará organizada por la Asociación Francesa de Magistrados de la Juventud y la Familia (AFMJF) y se celebrará en París el 19 de marzo 2011, con ocasión de la Asamblea de la AFMJF. El título previsto es el siguiente:

"Justicia juvenil especializada: una ambición común para Europa" y el evento contará con tres mesas redondas:

- la primera en el marco de las normas internacionales y europeas: garantías y recursos;
- el segundo en los problemas de la justicia de menores (evolución legislativa regresiva,

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

restricción de medidas y recursos financieros, etc.);

- el tercero sobre las perspectivas y ambiciones (medidas innovadoras, etc).

Todos los miembros de AIMJF están invitados a asistir a esta reunión. La AFMJF puede manejar el transporte y hotel para un representante de

cada uno de los países que forman la Sección Europea de la AIMJF.

Para la buena organización de la reuniones y reserva de hotel se solicita a los colegas que deseen participar que escriban a la brevedad posible a daniel.pical@orange.fr indicando la mesa redonda (1 °, 2 ° o 3 °) en la cual desean intervenir para expresar la situación de su país.

Rúbrica del Tesorera

Avril Calder

Recordatorio sobre las suscripciones

A principios de 2011 mandé emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 30; Euros 35; CHF 50, como se acordó en la Asamblea General en Túnez en abril de 2010) y a las asociaciones nacionales.

Me complace decir que muchos de ustedes ya han abonado su cuota, pero todavía hay varias impagas.

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

1. pueden ir a la página de internet www.judgesandmagistrates.org, hacer click en suscripción y pagar usando PayPal. Este proceso consta de dos partes y es la forma más simple y económica de pagar; se aceptan todas las monedas. PayPal hace la conversión a GBP;

2. a través del sistema bancario. Estoy a su disposición para mandar detalles de cualquiera de las cuentas, la que mantenemos en GBP (£) y la de CHF (Francos suizos). Mi dirección de correo electrónico es 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 suscripciones no sería posible producir esta publicación.

Espacio de contactos

Redactora

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

De	Tema	Enlace
La Comisión Europea	Hacia una Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño Los ministros de Justicia de la Unión Europea aprueban nuevas normas destinadas a ofrecer seguridad jurídica a las parejas en los casos de divorcio transfronterizo	http://ec.europa.eu/justice/policies/children/policies_children_intro_en.htm http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1653&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en
De las Naciones Unidas	Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos	http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Justice_in_matters...pdf
Bernard Boeton* Fondation Terre des Hommes (TdH)	Grupo de Trabajo sobre un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño - de un mecanismo de quejas individuales	http://www.terredeshommes.org/index.php?lang=en&page=res#optionalprotocolrc10
Jean Zermatten* Institut international des Droits de l'Enfant (IDE), Vice President UN Committee on Rights of Child	El mecanismo de denuncias en la CDE es vital para el refuerzo de los derechos de todos los niños	http://www.childsrights.org/html/site_es/index.php?c=
Institut international des Droits de l'Enfant (IDE)	"El cambio climático y sus efectos sobre los derechos del niño " Seminario de 24 hasta 28 octubre, 2011 Sion - Suiza	www.childsrights.org
The Child Rights Information Network (CRIN)	Sitio web de CRIN ofrece los derechos del niño recursos que incluyen información en cuatro idiomas (árabe, Inglés, francés y español)	Email: info@crin.org http://www.crin.org/espanol/index.asp
Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil	Boletín	http://www.juvenilejusticepanel.org/es/

Reunión del Consejo de Sion, Suiza, 12 de octubre 2010



Avril Calder, Joseph Moyersoen, Françoise Mainil, Sophie Ballestrem, Anne-Catherine Hatt, Laura Laera, Renate Winter, Petra Guder (inset)

Presente en la reunión, pero no en la fotografía: Ridha Khemakhem

Presente via 'skype' Oscar d'Amours y Eduardo Rezende Melo.

Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2010-2014

Presidente	Juez Honorario Joseph Moyersoen	Italia	moyersoen@tiscali.it
Vice Presidente	Juez Oscar d'Amours	Canadá	odamours@sympatico.ca
Secretario General	Juez Eduardo Melo	Brasil	eduardomelo@oul.com.br
Secretario General Adjunto	Juez Ridha Khemakhem	Túnez	cdh.justice@email.ati.tn
Tesorera r	Avril Calder, Magistrada	Inglaterra	ac.iayfjm@btinternet.com

Consejo—2010-2014

Presidente - Joseph Moyersoen (Italia)	Gabriela Ureta (Chile)
Vice-presidente - Oscar d'Amours (Canadá)	Hervé Hamon (Francia)
Secretario General - Eduardo Melo (Brasil)	Daniel Pical (Francia)
Secretario General Adjunto - Ridha Khemakhem (Tunez)	Sophie Ballestrem (Alemania)
Tesorera - Avril Calder (Inglaterra)	Petra Guder (Alemania)
Elbio Ramos (República de Argentina)	Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Países Bajos)
Imman Ali (Bangladesh)	Andrew Becroft (Nueva-Zelanda)
Francoise Mainil (Bélgica)	Judy de Cloete (Sudáfrica)
Antonio A. G. Souza (Brasil)	Anne-Catherine Hatt (Suiza)
Guaraci de Campos Vianna (Brasil)	Len Edwards (EEUU)

El ultimo presidenta inmediata, Justice Renate Winter, es un miembro ex-officio del consejo y actua en una capacidad consultiva sin derechos al voto.

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

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

Con el apoyo de todos los miembros 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

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

Avril Calder, Jefe de Redacción,

e-mail acchronicleiayfjm@btinternet.com y chronicle@aimjf.org

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

El Consejo Editorial

Dr Atilio J. Alvarez

Judge Oscar d'Amours

Cynthia Floud

Prof. Jean Trépanier

Mónica Vazquez Larsson

Dra Gabriela Ureta

surgen de las conferencias o seminarios de la AIMJF. Se hacen esfuerzos para presentar artículos que otorgen una mirada a cómo son los sistemas en los distintos países, respecto a la protección. Infantil y a la justicia juvenil; algunos números de Crónica focalizan en temas particulares por lo que los artículos giran en torno a ellos; finalmente, los artículos que son más largos que el largo recomendado y/o requieran un intenso trabajo editorial pueden ser dejados en espera hasta que se le encuentre un lugar adecuado.

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

infanciayjuventud@yahoo.com.ar

odamours@sympatico.ca

cynthia.floud@btinternet.com

jean.trepanier.2@umontreal.ca

Monimar50@yahoo.com

guireta@vtr.net