

CHRONICLE CHRONIQUE **CRÓNICA**

Contenido		Página
Los niños y la migración		
Los niños en movimiento	Justicia Renate Winter*	5
Las decisiones relativas a la detención de inmigrantes	Ben Lewis	8
Familias forzadas	Martine Goeman	14
Protección de los niños el pensamiento global	Profesora Adjunto Katrin Kriz y Profesora Tarja Poso	21
Detención de extranjeros en el mar - Australia	Madeline Gleeson	28
Los niños refugiados - México	Michael Garcia Bochenek	35
Migración y Refugiados - Chile	Jueza Gabriela Ureta* y Claudia Miranda Fuentes	42
La inmigración ilegal - la India	Anil Malhotra*	47
La traite des enfants en Afrique de l'Ouest -- Partie A	Juez Bankole Thompson*	49
La justicia de menores		
Sistema de justicia juvenil "orientada a las soluciones" - Nueva Zelanda	Juez Tony Fitzgerald*	55
Centros de defensa legales	Anna Tomasi	61
Corte de Justicia de la juventud - Inglaterra y Gales	Fiona Abbott J.P y Hannah Couchman.	65
<i>v i v e r e</i>	Bernard Boeton*	71
Informe de la ONU		
La violencia contra los niños	Jueza Patricia Klentak*	73
2016 Premios Internacionales		
Rangatahi Cortes - Nueva Zelanda	Veillard Cybulski	76
Los niños de 10 - Sierra Leona	Defensa de los Niños Internacional	77
Nuevas publicaciones y próxima		
Reseña de libro - el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos	Jueza Katarzyna Kościów- Kowalczyk*	78
Juicios sobre los derechos del niño	Profesora Helen Stalford	80
Association		
Sección del Tesorero	Anne-Catherine Hatt	83
La partida contactos	Briony Horsfall	84
Reunión en Londres	Avril Calder	86
Junta Ejecutiva 2014ð 2018		87
La Crónica		88
Los derechos legales de los niños y los niños de la calle	Sommet international	89

Editorial**Avril Calder y Dra Briony Horsfall**

A principios de 2015 comenzamos a pensar en la migración como tema central para este número de la Crónica. Como bien sabemos, los flujos de migración internacional se han acelerado, con el consiguiente componente de tragedia e injusticia para los niños y las familias migrantes y con pocos signos de mejoría. En el informe *Desarraigados* publicado recientemente, UNICEF (2016, p.1) estima que 50 millones de niños han migrado en los últimos años o han sido desplazados dentro de sus propios países y, de ellos, 28 millones se han visto afectados por situaciones de conflicto y violencia. Esto representa un 75% de aumento entre 2010 y 2015.

En este número tenemos el privilegio de contar con una gran diversidad de artículos que presentan perspectivas globales y nacionales sobre los dilemas legales relativos a los niños y las familias afectadas por la migración, y proponen algunas posibles soluciones para fortalecer las respuestas desde la perspectiva de los derechos humanos. Otros artículos se refieren a avances en la justicia juvenil, el informe de Naciones Unidas sobre la violencia, reconocimientos internacionales relacionados con los derechos del niño y próximas publicaciones.

Los niños y la migración

Para establecer una perspectiva global acerca de los derechos del niño, la **jueza Renate Winter*** examina los nueve principios recomendados como guía para las acciones concernientes a los niños en tránsito y a otros niños afectados por la migración sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN).

Tomando la perspectiva específica del principio del interés superior del niño, **Ben Lewis**, de la Coalición Internacional contra la Detención, comparte un análisis legal e histórico y recomendaciones sobre las violaciones a los derechos del niño cuando se mantiene a los niños en detención migratoria por razones relacionadas con la condición migratoria de sus padres.

La profesora adjunta **Katrin Križ** y la profesora **Tarja Pösö** proponen un enfoque global de los sistemas de protección y bienestar de los niños afectados por la migración. Este artículo presenta una actualización de su trabajo elaborado recientemente con colegas *Child welfare systems and migrant children: A cross-country study of policies and practices*, publicado por Oxford University Press.

Recomendamos la lectura de este libro, que incluye estudios de casos de Finlandia, Noruega, Países Bajos, Austria, España, Italia, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Australia y Estonia, además de una encuesta a 900 asistentes sociales que trabajan con niños.

El artículo de **Martine Goeman** contiene un resumen de su trabajo de investigación con **Jorg Werner** (Defensa de Niñas y Niños Internacional, Países Bajos) sobre el interés superior del niño en las políticas de migración familiar. El artículo analiza la CDN, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la legislación de la Unión Europea y ejemplos de casos. La autora también describe en qué medida se requiere refinar la interpretación del interés superior del niño y el peso que se le debe asignar al interés superior en las prácticas de justicia juvenil de la Unión Europea.

Pasando de los ejemplos globales a las situaciones nacionales sobre las respuestas a la migración infantil y familiar, el artículo de **Madeline Gleeson** analiza los hechos y los eventos relacionados con la apelación al Tribunal Superior de Australia que concluyó en la legitimación de la detención de inmigrantes internacionales por parte del gobierno. **Michael Garcia Bochenek**, de Human Rights Watch, se refiere a la falta de protección que experimentan los refugiados centroamericanos y los niños migrantes en México y a cómo se pueden lograr mejoras en este sentido. Este artículo se basa en su amplia investigación, que incluye entrevistas a niños. La **jueza Gabriela Ureta** y **Claudia Miranda Fuentes** ofrecen una perspectiva nacional sobre la asistencia a migrantes y refugiados y analizan la jurisprudencia de Chile de los últimos años. Las autoras identifican importantes influencias positivas del poder judicial y se refieren a diversas iniciativas de organismos gubernamentales y no gubernamentales. No obstante, también concluyen que sigue habiendo desafíos urgentes relativos a la actualización de la ley y la homogeneización de las reglamentaciones.

El abogado **Anil Malhotra*** de la India se refiere a las vulnerabilidades de los migrantes que son víctimas de tráfico ilícito y sugiere algunas medidas que se podrían tomar para promover su protección en el Sur de Asia.

Tráfico de niños en África Occidental

En la parte A de un artículo de dos partes muy bien fundamentado (la parte B se publicará en el número de julio), el **juez Bankole Thompson*** toma como punto de partida declaraciones de Kofi Annan en las que se refiere al tráfico de niños como una de las violaciones de derechos que debe ser atendida con mayor urgencia. Es muy significativo e importante destacar la afirmación del juez Bankole Thompson de que las actuales proporciones epidémicas de tráfico de niños plantean la necesidad de contar con mecanismos judiciales regionales o con un **mecanismo judicial internacional** que otorgue facultades para procesar a los perpetradores, lo que permitiría abordar este pernicioso problema global.

Fuentes de información sobre migración

Deseamos aprovechar esta oportunidad para recomendar dos fuentes de información.

La primera es la información proporcionada online (ver enlace en Contact Corner) del Foro Europeo sobre los Derechos del Niño celebrado en Bruselas el 29 y 30 de noviembre de 2016, al que asistieron 300 participantes que escucharon las presentaciones de representantes de alto nivel de la Comisión Europea y de la Sra. Caterina Chinicci, miembro del Parlamento Europeo por Sicilia¹ (Sicilia). Antes de ser elegida para el Parlamento Europeo, la Sra. Chinicci fue jueza de un tribunal juvenil, por lo que comprende muy bien las dificultades que enfrentan los niños y las familias migrantes. La necesidad actual, según se le expresó a Avril Calder, quien asistió al Foro, es que exista un seguimiento formal a nivel de la UE de los debates y las decisiones de las autoridades para resolver las brechas existentes en los sistemas. El enlace para consultar las deliberaciones mantenidas en el Foro se puede encontrar en Contact Corner.

La segunda es la red **Child Rights International network** (CRIN), que proporciona una base de datos legales sobre una amplia variedad de temas en varios idiomas, incluidos casos de migración. Este es un excelente recurso; varios de los casos de 2016 referidos a migración incluidos en la base de datos de CRIN guardan relación con los temas presentados en estos artículos de la Crónica y reflejan la naturaleza universal y compleja de los problemas legales que se enfrentan. Un ejemplo es el juicio colectivo J.E. F.M. contra Lynch (20 de septiembre de 2016) que tramitó recientemente en el tribunal de apelaciones del noveno circuito de los Estados Unidos, donde se dictaminó en contra de un grupo de niños (de entre 3 y 17 años de edad) que solicitaban representación legal solventada

por el gobierno en su proceso de deportación, lo que les evitaría tener que presentar una compleja demanda por el *derecho a defensa letrada*, al cual se sostuvo en su nombre que no podían acceder por no tener el grado de desarrollo o los recursos financieros necesarios para hacerlo². Esto refleja las barreras existentes para aplicar el principio del interés superior del niño en las sentencias por detención migratoria que identifican **Ben Lewis** y **Martine Goeman**, así como la implementación inadecuada de los procesos de protección de refugiados en los casos de niños centroamericanos a la cual se refiere **Michael Garcia Bochenek**. La AIJFM planea crear una biblioteca de casos sobre derechos del niño y la familia que podrá ser consultada por los miembros. En el número de julio de 2017 de la Crónica publicaremos más información sobre estos planes y sobre cómo podrán aportar casos.

La justicia juvenil

La participación de los niños en los procedimientos que los afectan es un principio profundamente arraigado, quizás más conocido por su incumplimiento que por su cumplimiento. En su trabajo a nivel mundial a través de sus Centros Socio-Jurídicos de Defensa, Defensa de Niñas y Niños Internacional (DNI) les brinda a los niños la posibilidad de lograr la aplicación de ese principio. La coordinadora de DNI, Anna Tomasi, explica cómo funcionan los centros.

El juez de distrito Tony Fitzgerald* describe cómo la reciente implementación de algunos mecanismos contenidos en la Ley de Niños, Jóvenes y sus Familias de 1989 de Nueva Zelanda ha cambiado radicalmente el abordaje del país hacia los niños que se encuentran en conflicto con la ley; por ejemplo, la participación de la comunidad, la aplicación de mecanismos focalizados en las soluciones, muy previos a los mecanismos de justicia restaurativa que conocemos hoy, y la reducción al mínimo de las comparecencias ante el tribunal.

Las juezas de paz (JP) Hannah Couchman y Fiona Abbott se refieren al rol de la Asociación de Magistrados (Inglaterra y Gales) y su Comité de Tribunales Juveniles y a la participación necesaria para abordar los problemas que los Tribunales Juveniles enfrentan actualmente. También hacen una descripción de los mecanismos de selección de magistrados, capacitación y especialización en temas de justicia juvenil.

Bernard Boeton*, ex integrante de Terre des hommes y muy conocido para los lectores de la Crónica, es miembro fundador de una nueva ONG, *v i v e r e*. Bernard nos plantea su tenaz objetivo de abogar contra la pena de muerte y la cadena perpetua de los niños y nos cuenta cómo planea hacerlo.

¹ La Sra. Chinicci fue la relatora responsable de guiar las deliberaciones sobre la Directiva 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los niños sospechosos o acusados en los procesos penales.

² Ver <https://www.crin.org/en/library/legal-database/je-fm-v-lynch>.

Se ha publicado el Informe de la ONU de 2016 de Marta Santos Pais, la Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Violencia contra los Niños. La jueza Patricia Klentak* ha tenido la amabilidad de resumir el informe para aportarnos una visión de las conclusiones y de las relaciones con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU y su objetivo de eliminar todas las formas de violencia contra los niños.

Reconocimientos internacionales

Hay dos artículos sobre distinciones otorgadas recientemente. El Premio de la Fundación Veillard Cybulski 2016 se le otorgó al juez Heemi Taumaunu por su trabajo pionero sobre los tribunales rangatahi de justicia juvenil en Nueva Zelanda. El jurado que otorgó el premio estuvo conformado por el juez Françoise Tulkens, ex integrante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (del que llegó a ser vicepresidente), Atilio Álvarez, Defensor Público de Menores de la República Argentina, y la Presidenta de la AIMJF, Avril Calder. En el número de julio de 2017 de la Crónica se publicará un artículo sobre los tribunales rangatahi.

El modelo de centros de defensa socio-jurídica propuesto por Ana Tomasi de DNI en la sección sobre justicia juvenil es parte del Premio Child 10 2016 otorgado a Abdul Manaff Kemokai de DNI Sierra Leona. '*Niños en fuga*' fue el tema del Premio Child 10, que se otorga a 10 personalidades destacadas y es patrocinado por Sophie Stenbeck Family Foundation y la ONG *Reach for Change*.

Próximas publicaciones

El libro '*Family Forms and Parenthood*' (Modelos de familia y paternidad) analiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jueza Katarzyna Kościów-Kowalczyk* de Polonia elogia el libro y comenta que el texto presenta en forma muy clara casos de distintos países de la UE que ilustran cómo se fundamenta el *derecho al respeto a la vida privada y familiar* en los tribunales de familia de dichos países.

La profesora Helen Stalford de la Universidad de Liverpool, Reino Unido, escribe sobre un proyecto de dos años (*Children's Rights Judgments*) financiado por el Consejo de Investigación de Artes y Humanidades (AHRC, por sus siglas en inglés)³ que consiste en revisar las sentencias judiciales referidas a niños y analizar cómo se podrían haber redactado desde la perspectiva de los derechos del niño. La profesora Stalford y su colega presentarán un ejemplo de sentencia redactada desde dicha perspectiva en el próximo número de la Crónica.

Conclusión

Deseamos aprovechar esta oportunidad para agradecerles a los autores por aportar su tiempo y sus conocimientos para la Crónica y hacerle llegar nuestro sincero agradecimiento a la jueza Patricia Klentak por su ayuda con las traducciones.

También vaya nuestro agradecimiento a todos los miembros por su apoyo a la AIFJM. Les deseamos un feliz 2017.

Avril Calder

chronicle@aimjf.org

Skype account:
[aimjf.chronicle](https://www.skype.com/en/contacts/aimjf/chronicle)

Dra Briony Horsfall

bhorsfall@swin.edu.au

³ El AHRC es un organismo público no ministerial financiado por el Ministerio de Empresa, Energía y Estrategia Industrial (BEIS, por sus siglas en inglés). El organismo está dirigido por su Consejo, que es responsable de su dirección estratégica, y fue creado por Carta Real.
<http://www.ahrc.ac.uk>

Niños en tránsito

Justicia Renate Winter*



¡Son muchos! Vienen desde África y Asia a Europa. Casi un 50% de ellos son niños y adultos jóvenes.

Son tantos y vienen desde América Latina vía México a los Estados Unidos y Canadá. Son casi 25.000 niños esperando en la frontera prácticamente todos los días.

Son tantos y vienen de Asia del Sur tratando de llegar a Australia. Muchos de ellos son niños, algunos nacidos durante el viaje, y a ninguno se le permite ingresar al continente.

Son tantas las familias desplazadas internamente en tantos países afectados por los conflictos armados. Tantos de ellos viviendo situaciones terribles, tantos niños sin futuro.

Son solicitantes de asilo, refugiados, migrantes, personas desplazadas, niños no acompañados que tienen derechos y obligaciones.

Sus derechos y obligaciones no son iguales, aunque los gobiernos de distintos países los llamen por el mismo nombre: ñrefugiadosò

Hay solicitantes de asilo, cuyo estatus está determinado por una convención vinculante. Tienen que atravesar un trámite de asilo, y si no se les otorga asilo, pueden ser regresados a su país. Esto no se aplica si se trata de niños.

Hay refugiados, que vienen de países devastados por los conflictos armados y su estatus está regulado por otra convención. No pueden ser regresados a sus países mientras estos estén en guerra, pero por otro lado, el país receptor no tiene la obligación de integrarlos, ya que deberán regresar a sus países una vez que se alcance la paz. Esto no se aplica si se trata de niños.

Hay migrantes, personas en busca de una vida mejor en otro país, personas que buscan más opciones, una oportunidad. En este caso también su estatus está regulado por otra convención.

Pueden obtener permisos para permanecer y trabajar, pero también se les puede negar el ingreso, especialmente si llegan de forma ilegal. Esto no se aplica si se trata de niños.

Una de cada diez personas en el mundo vive en un lugar que ha sido devastado por la guerra o por otras situaciones de emergencia. La mitad de las personas desplazadas forzosamente son niños. Hay personas expulsadas o forzadas a huir de sus lugares de origen. Estas personas pueden obtener un lugar en un centro, en un campamento, pero también se les puede negar el acceso si ya no hay lugar, o si su identidad no está muy clara. Esto no se aplica si se trata de niños.

Hay muchos menores no acompañados, casos en los que en primer lugar no está muy claro si todavía son niños. Se les puede negar el ingreso a un país si está claro que ya no son niños. Esto no se aplica si está en duda si todavía son niños. En este caso, nuevamente, la situación es diferente para ellos.

Para los niños, vengan de donde vengan e independientemente de su situación y su identidad, existe un documento universal y vinculante ratificado por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas con excepción de uno que regula su estatus: La Convención sobre los Derechos del Niño.

Y la Convención es muy clara acerca del problema en cuestión. En cualquier Estado miembro de la Convención en el que se encuentre el niño en un momento determinado tendrá exactamente los mismos derechos que cualquier otro niño de dicho Estado miembro. Los niños siempre tienen derecho a no ser discriminados, a que se vele por su interés superior como consideración primordial, a que se les garantice la vida y el desarrollo y a ser escuchados en todas las cuestiones que les conciernen. No hay excepción posible para los niños que tuvieron que trasladarse por diversas razones, voluntaria o involuntariamente, acompañados por sus padres o no, a otros países o dentro de su propio país, que han sido dejados por padres migrantes o que viven con sus padres en el país de llegada.

Hay nueve ñPrincipios para guiar las acciones concernientes a los niños en tránsito y a otros niños afectados por la migraciónò Todos estos principios están basados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

1) Los niños en tránsito son ante todo niños.

Esto significa que estos niños tienen los mismos derechos que cualquier otro niño en lo que concierne a la inscripción de su nacimiento y nacionalidad si nacieron durante el viaje o en el país de destino. En una situación en la que no

está clara la nacionalidad debido al estatus de los padres, el Estado miembro debe hacer todo lo posible, incluso proporcionar su propia nacionalidad para evitar que el niño sea un apátrida. Los niños en tránsito deben tener acceso a la escolaridad, a la atención de salud, a la vivienda y a la protección social. Esta, por cierto, no es una tarea fácil para ningún país de destino ya que los niños, especialmente cuando llegan en grandes cantidades, podrían no tener conocimiento del idioma local, no haber tenido acceso a educación regular, quizás ninguna experiencia de escolaridad, y en cualquier caso, no tendrían entre sí un nivel educativo equivalente. Esto significa además que no se les debe denegar el acceso a los niños sin previamente realizar una evaluación individual de su situación y otorgarles las debidas garantías para preservar su interés superior.

- 2) Todos los niños tienen derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

Aquí la Convención se refiere primero a un estándar de supervivencia, a no ser asesinado en la frontera, a no ser reclutado como niño soldado en un campo de refugiados, a no ser vendido para matrimonio prematuro a fin de evitar la carga para su propia familia, a no ser secuestrado para terminar en un burdel o a tener que trabajar, robar o matar para contrabandistas; y luego la Convención se refiere a un estándar de vida apto para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, educativo y social. Por cierto, surgirán dificultades si los niños se trasladan junto con su familia a un país en el que las tradiciones, las costumbres y la crianza de los niños difieren sustancialmente de las de su país de origen. Se deben hacer todos los esfuerzos posibles para evitar que el niño quede dividido entre dos culturas o que la forma en que la familia desea criar a su hijo haga del niño un blanco fácil para la discriminación de sus pares.

- 3) Los niños tienen derecho a moverse con libertad

No es necesario aclarar que los niños deberían recibir ayuda (y así será en muchos Estados miembros) para encontrar a sus familiares, padres o cuidadores si se han separado durante el viaje, aún si esto implica la necesidad de cruzar fronteras. Agencias como la Cruz Roja se ocupan todo el tiempo de reunir a los niños con sus familias. La situación es muy diferente cuando los niños, contratados por el crimen organizado, desean viajar (o los envían) a diferentes países con la orden de sus jefes de cometer crímenes o para ser explotados en condiciones de cuasi esclavitud. Como las gestiones son lentas, especialmente, como ya mencionamos antes, cuando hay una gran cantidad de niños en tránsito, los niños en general tienden a desconfiar de las autoridades, a no esperar que se tomen decisiones y más bien aprovechar cualquier

oportunidad para escaparse de los centros de refugiados o los sitios donde los han ubicado. Encontrar a todos estos niños desaparecidos es una tarea casi imposible.

- 4) Detención de niños por su estatus de niños en tránsito

La detención de un niño nunca contribuye a preservar su interés superior. Cualquier experto en medicina o psicología podrá confirmar esta aseveración. Si se detiene a los padres por ingresar ilegalmente al país, por ejemplo, la detención del niño junto con ellos a fin de mantener a la familia unida nunca significa velar por su interés superior. Tampoco contribuye al interés superior del niño separarlo de sus padres y ubicarlo por separado en un centro para niños. La única solución que permitiría preservar el interés superior del niño es permanecer con sus padres en un establecimiento de puertas abiertas, por ejemplo en un apartamento, con la supervisión de la respectiva comunidad. No debería ser posible de ninguna manera que los menores no acompañados y sin documentos oficiales sean detenidos con el propósito de examinar su estatus migratorio. Esto también podría ser un problema difícil ya que muchos jóvenes son utilizados indebidamente por los traficantes o por su propia familia con la instrucción de decir falsamente de que son niños. No obstante, la Convención es clara: incluso en estos casos se debe realizar una evaluación sin poner al joven en cuestión en una institución de régimen cerrado. Más bien se debería asignar un curador o tutor que pueda asistir al joven durante todo el trámite y, si después de una correcta evaluación todavía existen dudas respecto de su edad, se debería aplicar el principio *fin dubio pro niño*.

- 5) Nunca se debe separar al niño de sus padres o sus cuidadores primarios a menos que sea en pos de su interés superior.

Además de la recomendación del punto 4), esta recomendación aborda problemas como por ejemplo la situación en la que los padres se encuentran detenidos como inmigrantes ilegales y serán deportados. ¿Los niños deberían ser deportados con ellos automáticamente dado que la unión familiar siempre responde al interés superior del niño? ¿No sería mejor solución realizar una evaluación individual? Otro caso alcanzado por esta recomendación es cuando se supone que los niños deben ser deportados para reunirse con sus familias. ¿Esto favorece en todos los casos el interés superior del niño en cuestión? Y, si así fuera, nunca se debe expulsar a un niño sin acompañamiento y sin un monitoreo de la situación antes y después de la expulsión.

6) Ningún niño es ilegal

Los niños están en tránsito, vienen con o sin la familia pero en la mayoría de los casos por decisión de la familia: los niños no tienen opción. Son niños ante todo. Estigmatizarlos como ilegales, como delincuentes o como sujetos que se aprovechan de los servicios sociales, como ciudadanos de segunda clase por cualquier razón, son formas de discriminación. Los niños no son responsables por los problemas de los adultos, ni por los que se suscitan en su propio país ni en el país de destino. ¡No son ellos los que deciden! Pero, una vez más, podría resultar muy difícil para la población de un país de destino aceptar que los niños sean enviados por sus familias para que estas familias, a las que no se les permitiría ingresar al país, puedan acceder a través de los niños que no pueden ser devueltos y a quienes se les enseña a solicitar de inmediato la reunificación familiar. Utilizar indebidamente a los niños es fácil. Lo que no es tan fácil es impedir que el país de destino vuelva a utilizar a los niños indebidamente.

7) Los sistemas de protección infantil deben proteger a todos los niños

Como ya se ha dicho, los niños son niños en primer lugar. Los niños deben ser tratados en todos los Estados miembros de la misma manera, independientemente de que tengan la nacionalidad del país o no. Los sistemas de protección infantil vigentes en los Estados miembros deben amparar a todos los niños por igual. Por lo tanto, es obligación de cada Estado miembro proteger a los niños en tránsito del mismo modo que a todos los otros niños dentro de su territorio contra la explotación, la violencia, el abuso, los delitos y especialmente contra la necesidad de recurrir al delito o sucumbir a la explotación sexual para satisfacer las necesidades básicas. En caso de que los niños deban viajar por diferentes países para encontrar a sus familias o para llegar al país de destino, se deben articular los mecanismos de protección de los niños para garantizar su seguridad durante el viaje.

8) Las medidas de gestión migratoria no deberían menoscabar los derechos humanos de los niños

Los niños son sujetos de derechos humanos garantizados internacionalmente así como del derecho humanitario; el principio de no devolución¹ es válido para ellos, al igual que el derecho a un viaje seguro. Un Estado miembro que hace que el viaje o cualquier otra situación de un niño sea lo más engorrosa posible para disuadirlo de viajar está violando estas leyes, ya que en dichas circunstancias no se garantiza el

derecho del niño a un sano desarrollo. Independientemente de cuál sea la situación de un niño que llega a un Estado miembro, se le deben garantizar todas las oportunidades para su sano desarrollo. Esta política podría ser la mejor contribución al desarrollo que un Estado Parte puede ofrecer a un país en crisis, ya que un niño educado y desarrollado que regrese a su país como adulto, será un verdadero activo para dicho país.

9) Los niños tienen derecho a expresar sus opiniones libremente sobre todas las cuestiones que los afectan y a que se tomen en cuenta sus opiniones de acuerdo con su edad y nivel de madurez

Para identificar cuál es el interés superior de un niño en tránsito, es necesario conversarlo con el niño en primer lugar. Esto no resultaría posible si el niño no tiene acceso a información, a representación legal gratuita, a intérpretes y tutores/curadores y si está separado de su familia. Un niño en tránsito es, al igual que cualquier otro niño, un sujeto de derecho, no un objeto, y por lo tanto no puede ser administrado por instituciones, expertos o autoridades sin ser escuchado. Una vez más, esto puede resultar difícil cuando cientos de jóvenes tratan de traspasar cercos e ingresar a un país por la fuerza, cuando no hay suficiente personal de apoyo disponible, no hay intérpretes, no hay tutores ni familias de acogida que les brinden cobijo. Además, un informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) ha determinado que los niños separados de sus familias, cuando se los registra, son clasificados como niños no acompañados sin analizar más exhaustivamente su situación específica; que en general no están informados sobre los procedimientos de asilo, independientemente de que exista un posible adulto acompañante; que se los aloja con el adulto acompañante aún antes de evaluar la relación existente, con lo que se corre el riesgo de maltrato de estos niños; que podrían haber sido forzados a contraer matrimonio fuera del Estado receptor; y que la responsabilidad sobre los niños en el centro de recepción no está bien definida.

Niños en tránsito. Un verdadero desafío para cualquier país de tránsito o de destino.

¿Un desafío insuperable?

Justicia Renate Winter - Miembro del Comité de los Derechos del Niño, 2013, Vice Presidente del Comité, febrero de 2015. El presidente AIMJF 2006-2010 Presidente de la Corte Especial de Sierra Leona en 2016.

¹ El regreso forzado de refugiados o solicitantes de asilo a un país en el que son susceptibles de ser objeto de persecución <https://en.oxforddictionaries.com/definition/refoulement>

**No existe ninguna razón para detenerse:
aplicando el Interés Superior del Niño en las
decisiones sobre detenciones en casos de
inmigración**

Ben Lewis



Resumen

En los últimos años hubo un cambio de paradigma que los expertos en derechos humanos a nivel internacional y regional vieron operar sobre la llamada detención administrativa de refugiados y niños migrantes, que sostiene que la detención de niños en razón de la condición de inmigrante de su/sus padres, nunca representa el interés superior del niño y constituye en todos los casos una violación a los derechos del niño. Este artículo apunta a proporcionar un contexto legal e histórico para este consenso emergente así como algunas recomendaciones prácticas que tanto los jueces como los magistrados puedan utilizar en defensa de los niños inmigrantes, en las decisiones que les compete tomar.

Introducción

Cada vez más, en todo mundo, los niños se trasladan, son forzados a migrar a través de las fronteras sin la documentación pertinente, frecuentemente huyendo de la guerra, la violencia, el abuso, la pobreza o como resultado del tráfico o contrabando. En este contexto, los niños refugiados indocumentados, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales son altamente vulnerables hacia una serie de abusos a sus derechos humanos incluida la amenaza de un arresto arbitrario y una detención basada en el estado irregular de su proceso migratorio.

Es importante recordar que cada niño, sin importar su estado migratorio, ha de disfrutar de su derecho a la libertad, garantizado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y muchos otros

instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos.

La prohibición de una detención arbitraria comprende a toda detención que se produzca en el contexto de una inmigración administrativa forzada¹, siendo uno de los estándares de derechos humanos absolutos y no derogables, una norma imperativa de derecho consuetudinario o *jus cogens*.²

En consonancia con el derecho a la libertad, y con conciencia de la principal obligación de los Estados de proteger a los niños de la tortura y toda otra forma de maltrato, los Estados tienen la obligación de proteger a los niños inmigrantes contra toda forma de privación de la libertad ilegal o arbitraria incluyendo las prácticas ligadas a la tortura y otras formas de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Este derecho se aplica a todo niño, independientemente de su condición legal o migratoria. De acuerdo con la normativa especial emanada de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los niños son primera y principalmente niños, sin distinción, discriminación o excepción. El principio de no discriminación asegura que todos los derechos consagrados en la CDN se aplican igualmente a cada niño en los Estados Partes, sin discriminación alguna en razón de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, situación económica, discapacidad, nacimiento u otra condición de sus padres o representantes legales³.

Observando especialmente a los niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares el Comité de los Derechos del Niño estableció explícitamente:

“El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los niños que son nacionales de un Estado Parte, y allí donde no esté explícitamente indicado de otra manera, la Convención debe estar disponibles para todos los niños i incluyendo a los solicitantes de asilo, refugiados y niños inmigrantes i

1 Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, para. 51, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas... Doc. A/HRC/22/44, (24 Diciembre 2012).

2 Juan E. Méndez, *Informe del Relator especial sobre la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* para. 23, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Doc. A/HRC/28/68 (Marzo 5, 2015) [en adelante Informe del Relator especial sobre Tortura].

3 CDN, art. 2.

independientemente de su nacionalidad, condición de inmigrante o apátrida.⁴

Pese a la claridad del marco normativo internacional vigente, todavía en el mundo, los niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales continúan siendo sujetos de prácticas arbitrarias de detención. Numerosos expertos en derechos humanos han notado que los niños inmigrantes son sistemáticamente detenidos cuando cruzan las fronteras con sus padres o guardadores así como cuando no están acompañados o fueron separados de sus cuidadores.⁵

En el cotidiano, las prácticas de detención de niños inmigrantes están habilitadas porque existe frecuentemente una tensión entre el marco legal nacional que regula el control migratorio y las normas que regulan la protección de los niños. Como resultado de ello, los niños en una situación de inmigración irregular no son suficientemente considerados o protegidos en tanto niños bajo la protección de la infancia en los sistemas nacionales, sino que son frecuentemente vistos primero como ilegales⁶ de acuerdo con las restricciones migratorias emanadas de las leyes y de las políticas, y pueden entonces ser objeto de prácticas perjudiciales como el uso de la detención.

Como recientemente señaló el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura, Juan E. Méndez, "Los Estados frecuentemente detienen a los niños que son refugiados, solicitantes de asilo o inmigrantes ilegales por diversas razones como la salud y los controles de seguridad, para verificar sus identidades o para facilitar la expulsión del territorio."⁷

En ocasiones, los niños son detenidos sin conocimiento de las autoridades del Estado, por ejemplo ante la falta de un adecuado cumplimiento de las evaluaciones de edad o control de antecedentes e identificación. En otros casos, los niños son detenidos junto a sus padres o cuidadores con fundamento en mantener la unión familiar.

Independientemente de las razones de la detención de niños refugiados, solicitantes de asilo o inmigrantes ilegales, los estudios realizados han mostrado que tales detención generan un impacto negativo en la salud y el desarrollo de los niños, y que las prácticas de detención de inmigrantes tanto en los países de tránsito como de destino, no tiene una correlación

estadística con la cantidad de arribos ilegales,⁷ siendo en consecuencia cuestionable tanto la eficacia como la legalidad de tales detenciones.

La detención de niños inmigrantes: nunca el Interés Superior del Niño

De acuerdo con los que sabemos respecto a las particulares vulnerabilidades de los niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes y sobre el impacto de la detención en estos casos es fácil comprender por qué las prácticas atentan contra el interés superior del niño.

Los niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales ya se encuentran en una situación particularmente vulnerable frente al abuso, la discriminación y la explotación por su edad y su condición de inmigrantes ilegales. Además los niños son siempre vulnerables en los lugares de detención, por su relativa impotencia ante el poder los funcionarios de migración y/o detención. En general, los centros de detención son inseguros, se encuentran superpoblados y no están adecuadamente equipados como para proveer a los niños del apoyo y de la protección que requiere⁸, generando un impacto profundo y negativo en su salud y bienestar.⁹

Sabemos que la detención de inmigrantes es una de las más oscuras áreas de la administración pública en razón de las especiales situaciones de maltrato y abuso que sufren los niños en los centros de custodia, los cuales carecen en general de procesos adecuados y mecanismos independientes de monitoreo y evaluación.¹⁰

El impacto sobre la salud física y mental de los niños inmigrantes en razón de su detención genera un alto riesgo de sufrir depresión y ansiedad, y la aparición frecuente de síntomas asociados a desórdenes derivados de estrés post-traumático como insomnio, pesadillas y enuresis nocturna.¹¹

7 Coalición Internacional contra la Detención Internacional (2015), *Instrucciones: Desalentar la Detención?*, disponible: <http://idcoalition.org/detentiondatabase/does-detention-deter/>; ver también, Alice Edwards, Volver a lo básico, página 1.

8 Juan E. Méndez, Informe del Relator Especial sobre la Tortura, supra nota 1, p ara. 61.

9 Ver: Coalición Internacional contra la Detención, *“Captured Childhood”*, (2012), p 48; ver también Alice Farmer, *“The impact of immigration detention on children”*, Forced Migration Review, Septiembre 2013.

10 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y la Coalición Internacional contra la Detención (IDC), *Monitoring Immigration Detention: Practical Manual*, p 21, 2014.

11 Ver: Comisión Australiana de Derechos Humanos, *“The Forgotten Children: National Inquiry into Children in Immigration Detention”* (2014); Coalición Internacional contra la Detención, *“Captured Childhood”*, (2012); Dudley, M., Steel, Z., Mares, S., and Newman, L. *“Children and young people in immigration detention”*, Curr Opin Psych 25: 285-292, (2012); Hamilton, C., Anderson, K., Barnes, R., and Dorling, K. *“Administrative detention of children: a global report”*, United Nations Children's Fund, New York (2011); Lorek, A.

4 Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC), *CRC Observación General No. 6: Tratamiento de niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 Septiembre 2005.

5 Ver: François Crépeau, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Inmigrantes, “Detención de los Inmigrantes en situación irregular”*, A/HRC/20/24 (2 Abril 2012).

6 Juan E. Méndez, *Informe del Relator Especial sobre la Tortura*, supra nota 1, para. 59.

Aún cortos períodos de detención pueden socavar el bienestar psíquico y físico del niño y comprometer su desarrollo cognitivo.¹² Los informes sobre los efectos de la detención de niños inmigrantes mostraron altas tasas de suicidios, intentos de suicidio, auto-lesiones, desórdenes mentales y problemas de desarrollo, incluyendo desórdenes asociados.¹³ Los informes plasman marcadas diferencias entre los niveles de angustia que presentan los adultos y los niños ante situaciones traumáticas¹⁴, proporcionando evidencia sobre la extrema vulnerabilidad de los niños privados de la libertad y la consecuente necesidad de elevar los estándares de evaluación sobre niños detenidos para garantizar que la detención sea una medida necesaria y proporcionada.¹⁵

Se han documentado numerosos casos de abuso sexual y físico en los lugares de alojamiento de niños privados de su libertad por razones migratorias. Expertos de las Naciones Unidas señalan que niños inmigrantes privados de su libertad han sido atados, amordazados, golpeados con palos, quemados con cigarrillos, víctimas de descargas eléctricas y colocados en celdas de confinamiento, ocasionándoles una gran ansiedad y daño mental.¹⁶

Asimismo, sucesivas encuestas realizadas por un período de más de 10 años, en Australia en relación a la detención de niños inmigrantes aportaron como dato un alto e inaceptable riesgo de abuso sexual y abuso físico en general y numerosos casos de asaltos sexuales, particularmente hacia chicas jóvenes.¹⁷ Este tipo de prácticas son contrarias al interés superior del niño y se han detectado en los regímenes de

detención de niños inmigrantes en distintas regiones.¹⁸

Aun cuando los Estados intentan implantar prácticas más humanas y familiares a los niños, ello no detiene el daño que se les ocasiona en estos casos.¹⁹ En parte porque los niños perciben que han sido castigados sin haber cometido ningún delito.²⁰ Además porque la detención a inmigrantes puede contribuir a exacerbar la preexistente vulnerabilidad psico-social, especialmente en el desarrollo frecuentemente experimentada por los niños en contextos de inmigración. Estas vulnerabilidades pueden incluir: violencia previa o traumas sufridos en su país de origen o durante la migración; disrupción en los roles parentales o en la unión familiar; y una falta de cobertura de sus necesidades básicas. Por estas razones, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que aún una detención de niños inmigrantes por un corto tiempo puede constituir una violación a la prohibición de la tortura y los malos tratos, y que la vulnerabilidad del niño y su interés superior pesan más que el interés gubernamental de intentar controlar o prevenir la inmigración ilegal.²¹

Finalmente, se ha demostrado que aún los casos de la llamada detención de inmigrantes familiar a la familia tiene un impacto profundo y negativo en los refugiados e inmigrantes y en sus grupos familiares. Las familias que han sido detenidas en su conjunto son propensas a la separación, ya que la detención socaba la capacidad de los padres, creando o exacerbando sus problemas de salud mental y los daños en sus habilidades parentales para proveer a los niños del soporte emocional y físico que necesitan para su desarrollo saludable.²² Los efectos institucionales de la detención son negativos, generando una falta de empoderamiento de los padres en su rol de cuidadores y proveedores, provocando que los niños asuman roles, responsabilidades y cargas emocionales desproporcionadas para su edad.²³

La prohibición emergente sobre la detención de niños inmigrantes en el Derecho Internacional

18 Ver: Human Rights Watch, *Detained and at Risk: Sexual Abuse and Harassment in United States Immigration Detention*, (25 Agosto 2010).

19 Ver: ECHR Europe, *Becoming Vulnerable in Detention: Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union* (The DEVAS Project), Junio 2010.

20 Coalición No a la Detención de Niños, 'Dad, have we done something wrong?', 2014.

21 Juan E. Méndez, Informe del Relator Especial contra la Tortura, *supra* nota 1, para. 62, citando la sentencia *Popov vs. France* del 19 de enero de 2012; *Rahimi v. Greece*, sentencia del 5 de abril de 2011; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium*, sentencia del 12 de octubre de 2006.

22 Coalición Internacional contra la Detención, *Captured Childhood*, (2012).

23 Ibid.

Ehntholt, K, Nesbitt, A et al. *The mental and physical health difficulties of children held within a British immigration detention center: a pilot study*, *Child Abuse Neglect* 33: 571-585, (2009).

12 Coalición contra la detención de Niños, 'Dad, have we done something wrong?', 2014, p. 5.

13 M Dudley and B Blick, *The heart of the nation's existence - a review of reports on the treatment of children in Australian detention centres*, *ChildOut* (2002); S Mares and J Jreidini, *Psychiatric assessment of children and families in immigration detention - clinical, administrative and ethical issues*, *Revista de Australia y Nueva Zelanda sobre Salud Pública* 520 (2004); Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, *Last Resort? National Enquiry into Children in Detention* HREOC, (Abril 2004); Z Steel, S Momartin, C Bateman, A Hafshejani, D M Silove, N Everson, K Roy, M Dudley, L Newman, B Blick, S, Z Steel, *The politics of exclusion and denial: the mental health costs of Australia's refugee policy*, p.10 (Mayo 2003).

14 Z Steel, p.8 (Mayo 2003).

15 Juan E. Méndez, Informe del Relator Especial contra la Tortura, *supra* nota 1, para. 17.

16 Juan E. Méndez, Informe del Relator Especial contra la Tortura, *supra* nota 1, para. 60.

17 Comisión Australiana de Derechos Humanos, *A last resort? National Inquiry into Children in Immigration Detention* (2004); y *The Forgotten Children: National Inquiry into Children in Immigration Detention* (2014).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En base a la toma de conciencia sobre la situación de emergencia en esta problemática y en atención a los perjuicios que la detención ocasiona a los de niños inmigrantes, en los últimos años tuvo lugar un cambio de paradigma enmarcado en la perspectiva de los expertos en Derecho Internacional y Regional Humanitario que sostiene que la detención de niños por razones ligadas a la condición de inmigrantes de su/sus padres, no protege el interés superior del niño y constituye siempre una violación de los derechos del niño.

La regla general respecto a la detención de niños en el contexto de la justicia juvenil sostiene que el arresto, la detención y la prisión de los niños solo pueden ser aplicadas como medidas de última ratio y por el tiempo más breve posible²⁴. Esta regla es desoída cuando la detención es aplicada con propósitos administrativos ligados a la inmigración.

De acuerdo al principio del interés superior del niño a la inmigración, el Comité Internacional de los Derechos del Niño en el año 2005²⁵ elaboró la Observación General No. 6 sobre el Tratamiento de niños no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen.²⁶ En el párrafo 61 de esta Observación General se explicita que:

La detención no puede ser justificada solamente por el hecho que el niño no está acompañado o se encuentre separado de su familia, o en su condición migratoria o de residencia o en la falta de tal condición o lugar de residencia.²⁷

En el año 2012, el Comité sobre los Derechos del Niño celebró el Día de discusión general sobre los Derechos de los Niños en el contexto de la Migración Internacional, en el que se exploró sobre la protección estatal que debe ser brindada a todos los niños en el contexto de la migración internacional se encuentren acompañados o no. En el informe relativo a este día de discusión general, el Comité sobre los Derechos del Niño expresó que la detención de niños basada en la condición de inmigrantes de su/sus padres no puede responder en ningún caso al interés superior del niño y constituirá siempre una violación a los derechos del niño:

Los niños no deben ser criminalizados o sujetos a medidas punitivas por la condición de inmigrante de su/sus padres. La detención de un niño en razón del estado de inmigrante de su o sus padres constituye una violación de los derechos del niño y siempre controvierte el principio del interés superior. En este sentido, los Estados deben cesar completamente y con prontitud con la detención de niños basada en su condición de inmigrantes.²⁸

Esta recomendación del Comité de los Derechos del Niño reconoce que la detención en razón de la condición de inmigrante o aún por un tiempo relativamente limitado o en el contexto de la denominada justicia amigable a los niños nunca es una medida apropiada para los niños, que no resulta ser una medida estrictamente necesaria o proporcionada respecto al interés superior del niño. Además, la detención deriva de una ética de imposición contraria a la protección o cuidado. La jurisprudencia regional existente refuerza la idea que El niño es extremadamente vulnerable, y ello es un factor decisivo y además que [el interés superior del niño] resulta primordial sobre otras consideraciones relacionadas con la condición de [inmigrantes].²⁹

Desde el año 2012, un abrumador número de organismos de las Naciones Unidas y regionales de derechos humanos se unieron al Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de instalar la idea que la detención por razones de inmigración no protege en ningún caso el interés superior del niño y es por lo tanto una clara violación de los derechos del niño.³⁰ Este propósito fue apoyado por muchas organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos demasiado numerosas para enumerar aquí.³¹

A partir de un creciente consenso internacional se sostuvo que el uso de la detención para niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales debe ser prohibido, cuando la justificación de dicha detención esté basada en el control o administración de la inmigración. Ello, dado que la condición de inmigrante que detenta un niño o sus padres o cuidadores es secundario a la responsabilidad del Estado de proteger el interés superior del niño. Los Estados están obligados a

24 CRC, art. 37(b).

25 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comité de los Derechos del Niño <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>.

26 Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC), CRC Observación General General No. 6: Tratamiento de niños no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 Septiembre 2005.

27 Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC), Observación General No. 6: Tratamiento de Niños no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 Septiembre 2005, para. 61.

28 Comité de los Derechos del Niño, Informe sobre el Día General de Discusión: *los Derechos de todos los Niños en el contexto de la Migración Internacional*, año 2012 para. 78.

29 Popov c. France, Peticiones: 39472/07 et 39474/07, Consejo de Europa: Corte Europea de Derechos Humanos, 19 Enero 2012, para. 91.

30 Ver: Grupo Interinstitucional (IAWG) para terminar con la Detención de Niños Inmigrantes *Summary of standards relating to child immigration detention*, Noviembre 2015.

31 Ver: las presentaciones de la sociedad civil efectuadas al Comité de los Derechos del Niño en el Día General de Discusión sobre Los Derechos de los Niños en el Contexto de la Inmigración Internacional.

priorizar medidas que promuevan el cuidado y el bienestar del niño.

El rol de los jueces y magistrados

En este contexto, los jueces y magistrados tienen un importante rol que jugar en salvaguarda del interés superior del niño. Pueden asegurar que la prohibición que los niños sean detenidos en razón de su condición de inmigrantes o la de sus padres o cuidadores, sea respetada y que se promuevan sus derechos en orden a la aplicación de medidas alternativas que prioricen el cuidado, la protección y el apoyo a los niños.

1) Asegurar que los niños no sean detenidos

En un principio, los jueces y magistrados tomaron parte frecuentemente de audiencias administrativas en casos de niños refugiados, con pedido de asilo y en situación de inmigración ilegal sobre si estos niños, para decidir si los mismos debían ser detenidos o no. Quienes toman decisiones deben asegurar que el interés superior del niño sea apropiadamente evaluado en cada resolución, incluso en aquellas que toman los adultos que tienen niños a su cargo (miembros de la familia o cuidadores de niños) para asegurar que los niños no sean colocados en lugares de detención en razón de la condición de inmigrantes de su/sus padres y también que los niños no sean separados o afectados de alguna otra forma por la detención de sus padres u otros miembros de la familia.

2) Garantizar el derecho del niño a la familia

La Convención de los Derechos del Niño aclara que los niños no deben ser nunca separados de sus padres o guardadores salvo que se justifique la excepción en consideración al interés superior del niño.³² Cuando los jueces y magistrados, en ejercicio de su competencia, ordenan una detención, podrían inconscientemente estar separando a familias de refugiados, solicitantes de asilo o inmigrantes ilegales, y generando una separación familiar, sin medir el impacto para el niño, por ejemplo con la detención de un padre o pariente cercano.

Frecuentemente el interés superior del niño no se contempla al decidir sobre una detención por razones de inmigración de padres, cuidadores y miembros de la familia del niño y los mismos son trasladados a sistemas de cuidados alternativos. El resultado de una innecesaria detención de los padres o de otros miembros significativos de la familia es la ocasionar la separación familiar y forzar a que el niño pierda la ayuda y protección familiar, debiendo asumir roles inadecuados para su nivel de madurez. Hablamos de los lazos familiares en sentido amplio, más allá de la familia biológica nuclear. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño estableció que el término familia debe ser interpretado en sentido amplio para incluir a los padres biológicos, adoptivos y

de acogimiento así como a los miembros de la familia extensa o de la comunidad de acuerdo a la costumbre local.³³ Ello abarca no solo a las personas que detentan la custodia legal del niño sino también a las personas con las que el niño tiene una estrecha relación personal.³⁴ Para el caso que la protección del interés superior del niño requiera su separación de la familia resulta imperativo que no se prive al niño de su libertad ni a su familia entera de no corresponder y el requerimiento a las autoridades de medidas alternativas a la detención para todos los involucrados en el cuidado y la protección del niño.³⁵

3) Garantizar que el derecho a acceder a medidas alternativas a la detención sea aplicado.

Por esta razón, el Comité sobre los Derechos del Niño ha recomendado:

En la mayor medida posible y utilizando los medios menos restrictivos, los Estados deben adoptar medidas alternativas a la detención que resguarden el interés superior del niño, su derecho a la libertad y a la vida familiar mediante una legislación, políticas y prácticas que permitan a los niños permanecer con sus familiares y/o cuidadores y ser alojados en contextos familiares y comunitarios mientras su condición de inmigrantes es resuelta.³⁶

¿Qué medidas alternativas a la detención serían apropiadas en este contexto para asegurar el interés superior del niño refugiado, con solicitud de asilo o inmigrante ilegal? La Coalición Internacional contra la Detención (IDC), con su destacada experticia global sobre detención de inmigrantes y medidas alternativas define a las alternativas como inclusivas de toda ley, política o práctica mediante la cual las personas no sean detenidas por razones relacionadas con su condición migratoria.³⁷ Existe una amplia gama de opciones posibles para los jueces y magistrados a fin de asegurar que los niños y sus familias sean cuidados y protegidos durante el proceso de tramitación de su pedido de asilo o reclamo migratorio.

Muchos países cuentan con modelos exitosos de base comunitaria, que desde una perspectiva

33 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General t No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), línea 59.

34 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), línea 60.

35 Corte Interamericana Consultiva OC-21/14 de Agosto 19, 2014, Derechos y Garantías de las niñas y niños en contextos de migración y/o en necesidad de Protección Internacional

36 Comité sobre los Derechos del Niño, Informe del Día de Discusión General sobre: Los Derechos de todos los niños en el contexto de la Migración Internacional, párrafo. 79, 2012...

37 Sampson y al., *There are alternatives*, p. 7.

32 CDN art. 3(1).

constructiva y de acompañamiento, aseguran que las personas sean capaces de cumplir con los procedimientos de migración.³⁸

Estos programas utilizan intervenciones tempranas para ayudar a las personas en el burocrático proceso migratorio, con la provisión de intérpretes, asistencia legal, gestores que proporcionan asesoramiento calificado y pueden ayudar a las personas a examinar las distintas opciones posibles, tanto para permanecer en el país de manera legal, si resulta necesario, como para salir del país de manera segura.

Estos programas tratan a las personas con respeto y dignidad, asegurando que sus necesidades básicas sean cubiertas, incluyendo a cada persona como parte integrante del mismo equipo de trabajo, así como acompañándolas en los procesos adversariales de ser necesario.

En ocasiones se hace uso de residencias como parte del sistema de gestión de migración, sin embargo la colocación del niño y su familia en un hogar no es lo principal para estos programas que focalizan especialmente en el proceso de evaluación de cada caso para asegurar que la comunidad cuente con las estructuras y soporte necesarios a fin de asegurar que el interés superior del niño sea protegido y brindar la posibilidad de trabajar con la familia del niño o con su cuidador para alcanzar una resolución exitosa del proceso migratorio de los niños con participación de las autoridades.

Lamentablemente, algunos gobiernos emplean medidas alternativas basadas en modelos innecesariamente restrictivos o de justicia criminal que requieren onerosos informes, monitoreos electrónicos, programas de libertad bajo fianza. Sin embargo, tales alternativas son en gran medida inapropiada para los niños refugiados, solicitante de asilo inmigrantes ilegales que no han cometido delito alguno y requieren en mayor medida de cuidados y ayuda. Además los resultados de las investigaciones indican que las condiciones excesivamente onerosas de estas propuestas tienen un efecto adverso sobre el cumplimiento y el éxito en la resolución del caso.

Conclusión

La Coalición Internacional contra la Detención inició un programa global de investigación para identificar y describir modelos alternativos aplicados en el mundo con enfoque en derechos. Este programa realiza un estudio profundo sobre las alternativas a la detención por razones de inmigración existentes, las que son descritas exhaustivamente en el informe *“There Are Alternatives”*³⁹, que proporciona un modelo marco para que los decisores examinen, desarrollen y apliquen alternativas a la detención de base comunitaria en línea con los derechos humanos. Este marco de referencia llamado *“Modelo de Evaluación y Colocación en Comunidad”* (CAP)⁴⁰ representa la mejor práctica global para jueces y magistrados a fin de proteger el interés superior de los niños refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales.

Ben Lewis Ben Lewis es Coordinador de Abogados en la Coalición Internacional contra la Detención (IDC, <http://www.idcoalition.org/>) y abogado en Derecho Internacional Humanitario. Este artículo está basado en próximo trabajo a publicar por la Universidad Americana Washington, Colegio de Derecho en colaboración con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura Juan E. Mendez.

38 Ver: Servicio Europeo Jesuita para Refugiados, *“From Deprivation to Liberty. Alternatives to Detention in Belgium, Germany and the United Kingdom”* (Diciembre 2011); Cathryn Costello & Esra Kaytaz, *“Building Empirical Research into Alternatives to Detention: Perceptions of Asylum-Seekers and Refugees in Toronto and Geneva”* (UNHCR, Junio 2013).

39 Sampson y al., *“There are alternatives”*, ii78.

40 Ver., <http://idcoalition.org/CAP/>.

Familias limitadas: un análisis del interés superior del niño en las políticas de migración familiar*

Dra Martine Goeman



Introducción

El estudio *Familias limitadas* se plantea la siguiente pregunta: ¿de qué manera se debe interpretar el concepto de *consideración primordial* del artículo 3 de la CDN en las políticas de migración familiar? La pregunta se responde en función del rol que se adjudica a los *intereses del niño* en la CDN, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y la legislación de la Unión Europea.

1. El rol y alcance de los 'intereses del niño' en la CDN

¿Una consideración primordial?

El texto en español de la CNUDN en su artículo 3 dispone que el *interés superior del niño* debe ser *una* consideración primordial. Durante el debate para la adopción del artículo 3 de la CDN, se puso en cuestión el significado exacto que se debía asignar a la expresión *interés superior del niño*. Algunas propuestas sugerían que *el* interés superior del niño debe ser *la* consideración primordial en lugar de *una* consideración primordial. Otras sugerían que el principio debe recibir una consideración fundamental, en línea con la Declaración de los Derechos del Niño¹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDICM). Finalmente, las propuestas mencionadas no prosperaron².

¿Qué peso se le da al *interés superior del niño* en relación con otros intereses? ¿Se debe

asignar un significado restrictivo exclusivamente al artículo 3 de la CDN? Van Bueren parece estar de acuerdo con el último enfoque, argumentando que establecer un equilibrio de intereses de antemano sería una posición imposible para los redactores de las convenciones³. Según Smyth, sin embargo, la palabra *primordial* aplicando este mismo enfoque se ve despojada de su significado. El uso de la palabra *primordial* pone de manifiesto que *el* interés superior del niño no solo se equipara con otros intereses sino que, en principio, tiene precedencia sobre dichos intereses⁴.

Al parecer, la intención de los redactores de la convención fue asignar un mayor peso al *interés superior del niño* que solo en casos excepcionales se puede dejar de lado. Esto parece ser aún más evidente en los *Travaux préparatoires de la CDN* que establecen que *el* interés superior del niño solo se puede dejar de lado en casos de extrema necesidad; allí se cita el ejemplo de que no se puede atribuir automáticamente mayor peso al *interés superior del niño* en una situación de emergencia médica durante un parto⁵.

La visión del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño

Para dar prioridad al *interés superior del niño* resulta esencial la aplicación del artículo en la legislación y las políticas nacionales. De acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño, el artículo 3, párrafo 1, tiene tres funciones claramente distinguibles:

1. Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que se determine su *interés superior* y el reconocimiento de que sus intereses, en principio, tienen prioridad respecto de otros intereses.
2. Un principio de interpretación jurídica fundamental: cuando una disposición admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más

3 G. van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1998, p. 47.

4 C. Smyth, *The Best Interests of the Immigrant Child in the European Courts: Problems and Prospects* en: G.G. Lodder y P.R. Rodrigues, *Het kind in het immigratierecht (= The child in immigration law)*, La Haya: Sdu Uitgevers 2012, p. 150-151.

5 Consultar: S. Detrick (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the 'Travaux Préparatoires'* Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1992, p. 133 y S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International 1999, p. 91 and 98. Ambos libros hacen referencia a: UN Doc. E/CN.4/L.1575, párrafo 24 (1981).

1 La Declaración de los Derechos del Niño es la antecesora de la CDN.

2 R. Hodgkin y P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF 2007, p. 38-39; P. Alston (red.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 12-13.

representativa el interés superior del niño. La CDN ofrece un marco interpretativo para esto.

3. Una norma procesal: toda decisión que afecte a un niño en particular, a un determinado grupo de niños o a los niños en general debe sustentarse en una evaluación del interés superior del niño en cuestión. En este sentido, debe estar motivada por la forma en que se determina el interés superior del niño, los criterios utilizados y el modo en que se han sopesado estos intereses respecto de otros intereses⁶.

La observación general 14 del Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño presenta una lista no exhaustiva de aspectos que se deben tomar en consideración⁷. Para los casos de migración familiar, es importante destacar que varios artículos de la CDN se refieren a la relación entre padres e hijos. Se podría inferir lo siguiente del artículo 9, párrafo 1, de la CDN: en teoría, vivir con los padres favorece el interés superior del niño, salvo cuando se pruebe expresamente lo contrario. El artículo 10 de la CDN establece además que el Estado debe atender las solicitudes de reunificación familiar de manera positiva. La separación de los padres y los niños sólo se permite por una razón especial, si favorece el interés superior del niño. Cuando los padres y los niños ya han sido separados, el gobierno debe mantener una actitud positiva para atender las solicitudes de reunificación.

En resumen, el Comité enfatiza que el término 'primordial' significa que el interés superior del niño es principio antecede a otros intereses, pero en casos individuales es posible que prevalezcan otros intereses⁸.

2. El rol y alcance del 'interés superior del niño' en el CEDH

La jurisprudencia referida al artículo 8 del CEDH señala que no existe un concepto abstracto de la regla del interés superior. En algunos casos, el Tribunal ha considerado que la regla es decisiva, en otros, reconoce que el interés superior del niño tiene gran peso pero no es decisivo.

Marcos de evaluación

El artículo 8 del CEDH propone distintos marcos de evaluación para los casos de migración

familiar. El principio básico es que no existe el derecho de elección del lugar de residencia. Aunque las divisiones entre los distintos marcos de evaluación no están estrictamente determinadas, en general se puede establecer una distinción entre:

- una prueba del principio del artículo 8 del CEDH en el caso de la primera admisión⁹: se aplica *la prueba del justo equilibrio*;
- una prueba del principio del artículo 8 del CEDH de determinación de la vida privada y/o familiar en un Estado Parte en el que las personas involucradas conocen el carácter incierto del permiso de residencia de uno de ellos: se aplica una prueba de justo equilibrio, sólo se otorga derecho de residencia en '*circunstancias excepcionales*' y¹⁰;
- una prueba del principio del artículo 8 del CEDH en los casos en los que se interfiere con el derecho a la vida privada y familiar (por ejemplo) debido a la anulación de un permiso de residencia¹¹; se aplica la prueba del principio del artículo 8, párrafo 2, del CEDH y la prueba de justo equilibrio.

En todos los casos, se debe lograr un equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses de los individuos involucrados¹². Esta prueba del *justo equilibrio* obliga a poner en la balanza todos los intereses en juego en el caso, entre ellos el interés superior del niño.

Especialmente para el marco de evaluación de las '*circunstancias excepcionales*' el TEDH establece amplia discreción para el Estado. Este marco de evaluación es aplicable a los casos en los que se construye un entorno de vida privada y/o familiar durante un período en el que las personas involucradas tenían conocimiento del carácter incierto de la residencia de una de ellas. Desde la perspectiva del niño, el problema que plantea el marco de evaluación es que los niños (pequeños) frecuentemente no tienen conocimiento de su propia situación incierta de residencia o de la de sus familiares¹³. Pero, incluso aunque los niños tengan conocimiento de esto, frecuentemente no tendrán ninguna

6 Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, Observación General 14 sobre el derecho del niño a que se atienda su interés superior como consideración primordial. 29 de mayo de 2013, párrafo 6.

7 Según el Comité, se debe tener en cuenta lo siguiente en todos los casos: la opinión del niño (artículo 12 CDN); la identidad del niño (artículo 8 CDN); el mantenimiento de los lazos familiares (artículos 9; 10; 18 y 20 CDN); el cuidado, la protección y la seguridad del niño (artículo 3, párrafo 2 CDN); la posible vulnerabilidad del niño (22; 23; 30; 39 CDN); el derecho a la atención de la salud (artículo 24 CDN) y derecho a la educación (28; 29 CRC).

8 Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño, Observación General 14 sobre el derecho del niño a que se atienda su interés superior como consideración primordial. 29 de mayo de 2013, párrafos 37 y 39.

9 Ver, por ejemplo: ECtHR 21 December 2001, Sen v. the Netherlands, JV 2002/30 con comentario Van Walsum and ECtHR 1 December 2005, Tuquabo-Tekle v. the Netherlands, JV 2006/34 con comentario Van Walsum.

10 Ver, por ejemplo: ECtHR 31 January 2006, Rodrigues da Silva v. the Netherlands, JV 2006/90 con comentario Boeles and ECtHR 28 June 2011, Nunez v. Norway, JV 2011/402 con comentario Van Walsum.

11 Ver, por ejemplo: ECtHR 2 August 2001, Boulif v. Switzerland, JV 2001/254 con comentario Boeles; ECtHR 18 October 2006, Uner v. the Netherlands, JV 2006/417 con comentario Boeles and ECtHR 23 June 2008, Maslov v. Austria, JV 2008/267 con comentario Boeles.

12 ECtHR 29 November 1996, 21702/93, Ahmut v. the Netherlands, para. 63.

13 P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder and K. Wouters, European Migration Law, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 213.

influencia sobre dicha situación. En general, dependen de las decisiones que tomen sus padres.

El Tribunal consideró explícitamente en dos casos *Butt*¹⁴ y *Kaplan*¹⁵ que una política de inmigración estricta en principio se inclinaría a favor de asimilar a los niños con las conductas de sus padres, porque de lo contrario existiría un gran riesgo de que los padres exploten la situación de sus hijos para asegurarse un permiso de residencia para ellos y sus niños. ¿Qué hace el Tribunal aquí exactamente? La prueba de las '*circunstancias excepcionales*' en sí misma se puede percibir como una asimilación de la conducta de los hijos a la de los padres. Una condición de esta prueba es que las personas involucradas deben tener conocimiento de la naturaleza incierta de su situación de residencia cuando forman una familia, pero los niños normalmente no tienen conciencia de esta situación. ¿El Tribunal asimila la conducta de los niños a la de los padres en los dos casos o solo explica en *Butt* y *Kaplan* lo que ya había hecho con más frecuencia en el contexto de la prueba de las '*circunstancias excepcionales*'? No existe consenso académico al respecto¹⁶.

14 ECtHR 4 December 2012, *Butt v. Norway*, JV 2013/85 con comentario Stronks, RV 2012/21 con comentario Brink.

15 ECtHR 24 July 2014, *Kaplan and others v. Norway*, JV 2014/320, con comentario Werner.

16 En su comentario sobre el fallo *Butt*, Brink lo identifica como un punto de quiebre con la jurisprudencia anterior del Tribunal en la que el interés superior del niño era central (Ver nota Brink, RV 2012/21). En el comentario de Stronks, sin embargo, parece asumirse, sin que esto se argumente específicamente, que asimilar la conducta de los padres a los niños es parte de la legitimidad de la prueba de las '*circunstancias excepcionales*' en las situaciones que involucran a niños. Se debe señalar que la consideración en el fallo *Butt* sobre la asimilación de la conducta de los padres a los niños se deduce directamente del fragmento citado del fallo Nuñez sobre la prueba de las '*circunstancias excepcionales*' y que esta consideración también está directamente relacionada con la aplicabilidad de la prueba de las '*circunstancias excepcionales*' (ECtHR 4 December 2012, *Butt v. Norway*, JV 2013/85 con comentario Stronks, RV 2012/21 con comentario Brink, párrafo 79). En *Kaplan*, la consideración sobre la asimilación de la conducta de los padres a los niños también está relacionada con el reconocimiento del carácter incierto de la situación de residencia de las personas involucradas; el aspecto sobre el cual el Tribunal se basa para determinar si la prueba de las '*circunstancias excepcionales*' es aplicable (ECtHR 24 July 2014, *Kaplan y otros vs. Noruega*, JV 2014/320, con comentario Werner, para. 86). El Tribunal considera en primer lugar que los niños nacieron y se criaron en Turquía, lo que demuestra que no tenían conocimiento del carácter incierto de la condición de residencia en el momento en el que se formó la familia. El Tribunal luego repite el argumento de *Butt* y señala que los padres en el caso *Kaplan* conocían el carácter incierto de su condición de residencia mientras continuaron con su vida familiar en Noruega. Esta conducta se atribuye a los niños y el Tribunal aparentemente usa este argumento para determinar la legitimidad de la prueba de las '*circunstancias excepcionales*'. Tanto en *Kaplan* como en *Butt* el Tribunal solo ofrece una justificación explícita de la atribución a los niños del conocimiento de los padres del carácter incierto de su condición de residencia e

Identidad, lazos familiares y nacionalidad

Los artículos 8 y 16 de la CDN se pueden interpretar como una expresión concreta del término 'interés superior del niño'. También se pueden mencionar expresiones más concretas; dado que la nacionalidad y los lazos familiares son aspectos de la identidad, éstos se deben contemplar como intereses especiales en los marcos de evaluación general del Tribunal. Esta consideración se encuentra actualmente ausente en el marco de evaluación del artículo 8 del CEDH. En el caso de *Jeunesse*¹⁷ se lo incluye en la evaluación individual de los intereses, pero aún no se le asigna un lugar claro y generalizado en el marco de evaluación.

Mayor protección de la CDN

El artículo 9 de la CDN brinda claramente mayor protección en los casos en los que se anula el derecho de residencia de uno de los miembros de la familia; en el artículo 8 del CEDH, dicha cuestión es tratada en el segundo párrafo (en el que se establecen excepciones al derecho a la vida familiar) en combinación con una prueba del '*justo equilibrio*'. Según el cuarto párrafo del artículo 9 de la CDN, se interpreta que la definición de separación incluye la deportación forzosa de un miembro de la familia, y, según el párrafo 1 del artículo 9 de la CDN, se interpreta que la separación de los padres y los niños sólo está permitida cuando favorece el 'interés superior del niño'. En las situaciones en que se anula el permiso de residencia de uno de los miembros de la familia, la prueba del párrafo 2 del artículo 8 del CEDH es de hecho un marco demasiado flexible para las situaciones que involucran a los niños. Según el artículo 9 de la CDN, dicha decisión sería legítima únicamente si favorece el 'interés superior del niño'.

Actitud básica positiva

El artículo 10 de la CDN comprende un punto de partida general muy importante, la actitud básica hacia la reunificación familiar debe ser positiva. Esta es una posición fundamentalmente diferente de la exhibida por el Tribunal en la jurisprudencia referente al artículo 8 del CEDH. La idea fundamental aquí es que el artículo 8 del CEDH no incluye el derecho a elegir el lugar de residencia. Esto es correcto y la CDN tampoco incluye este derecho. El artículo 10, sin embargo, limita las consecuencias que puede tener esto; la actitud básica respecto de la reunificación familiar debe ser positiva. Especialmente en los casos que implican las '*circunstancias excepcionales*' que ya se han analizado no existe dudas de la prevalencia del requisito de actitud básica positiva.

implícitamente lo vuelve a hacer en los casos de '*circunstancias excepcionales*' (Werner 2015, p. 19-21).

17 ECtHR 3 Octubre de 2013, *Jeunesse v. the Netherlands*, JV 2014/343.

Prohibición de la discriminación en función de la conducta de los padres

Finalmente, se debe mencionar el párrafo 2 del artículo 2 de la CDN. Dicho artículo prohíbe la discriminación de los niños en base a la conducta o condición de su(s) padre(s) o de otros miembros de la familia. Asimilar la conducta de los niños a la de los padres debido a la aplicabilidad de la prueba de las *circunstancias excepcionales* es una forma de discriminar y por lo tanto, contradice el espíritu del artículo 2 de la CDN¹⁸.

Está claro que ni la CDN, ni el CEDH establecen un derecho subjetivo a la reunificación familiar. Sin embargo, se puede argumentar que la influencia de la CDN debe conducir a la conclusión de que nunca se debe aplicar el marco de pruebas más estricto del TEDH (prueba de las *circunstancias excepcionales*) en las situaciones que involucran a niños. Esta prueba *in abstracto*, solo se considera aplicable en las situaciones en las que todas las personas involucradas en el momento de iniciar la vida familiar ya tenían conocimiento de la condición incierta de residencia de uno de ellos¹⁹. Sin embargo, el requisito de conocimiento en la práctica se aplica regularmente al niño involucrado. Esta práctica es un truco legal que no solo se opone a la posición legal independiente del niño, sino también al requisito de aplicabilidad de la prueba de las *circunstancias excepcionales* tal como ha señalado repetidamente el Tribunal.

Objetivación del 'interés superior del niño'

Resulta difícil generalizar la forma concreta en la que el Tribunal determina el interés superior de los niños. El Tribunal menciona circunstancias que son excepcionales y que pueden ser decisivas o no. Un factor constante, sin embargo, es que el Tribunal en general le asigna importancia a la edad de los niños involucrados. El peso que se le atribuye a la edad es un factor variable. Por ejemplo, en el caso de Arvelo Aponte, el niño de siete años de la familia, se considera *de corta edad y adaptable*²⁰. Los niños de la familia Jeunesse (de 3; 8 y 15 años, edades que comprenden prácticamente todas las fases de la niñez) son considerados *relativamente pequeños*²¹. Además, el significado que el Tribunal le asigna a la edad en el caso Jeunesse es que claramente no hay ningún impedimento objetivo para la deportación, pero que ésta implicaría cierto *grado de adversidad*.

Finalmente, se debe mencionar el factor de la edad en el caso de Rodrigues da Silva y Hoogkamer. Rachael, la hija de la Sra. Rodrigues, tenía casi diez años en el momento de la sentencia. Un informe del consejo de Cuidado y Protección Infantil, escrito cuando Rachael tenía un año, concluyó que la niña a esta corta edad ya estaba arraigada en la sociedad holandesa; y esto tuvo una influencia significativa en la resolución del caso²². Aquí, un informe de expertos determinó el grado de interés del niño en un caso referido a la residencia en los Países Bajos, lo que crea un panorama muy distinto que el de aquellos casos en que el propio TEDH parece estimar las consecuencias relacionadas con la edad de un niño.

El caso Neulinger

La interpretación sustantiva que hace el TEDH del concepto de *interés superior del niño* no se deriva directamente de la jurisprudencia del Tribunal sobre reunificación familiar. En varios casos de reunificación familiar, el Tribunal se ha remitido a un caso anterior de secuestro de un niño dirimido por el Tribunal a la hora de aplicar una prueba para determinar el *interés superior del niño*²³.

18 J. Werner, *De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind* (= La subjetividad legal (postergada) del niño extranjero), *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2015-01, p. 17-21.

19 Ver, por ejemplo: ECtHR 31 January 2006, Rodrigues da Silva v. the Netherlands, JV 2006/90 con comentario Boeles, párrafo 39; ECtHR 31 July 2008, Darren Omereg v. Norway, JV 2008/330 with commentary Boeles, para. 57; ECtHR 3 November 2011, Arvelo Aponte v. the Netherlands, JV 2012/3, para. 55; ECtHR 12 February 2012, Antwi v. Norway, JV 2012/170 con comentario Van Walsum y RV 2012/18 con comentario Werner, para. 89; ECtHR 24 July 2014, Kaplan and others v. Norway, JV 2014/320, con comentario Werner, para. 81; ECtHR 3 October 2014, Jeunesse v. the Netherlands, JV 2014/343 con comentario P. Boeles, para. 108.

20 ECtHR 3 November 2001, Arvelo Aponte v. the Netherlands, JV 2012/3, para. 60. El ECtHR concluyó que no se había incurrido en violación del Artículo 8 del ECHR en este caso. En el caso Jeunesse, el Tribunal concluyó que se había incurrido en una violación al Artículo 8 del ECHR.

21 ECtHR 3 October 2013, Jeunesse v. the Netherlands, JV 2014/343 con comentario P. Boeles, para. 117.

22 ECtHR 31 January 2006, Rodrigues da Silva v. the Netherlands, JV 2006/90 con comentario Boeles, para. 12.

23 ECtHR 28 June 2011, Nunez v. Norway, JV 2011/402 con comentario Van Walsum, RV 2011/20 con comentario Ismaili, para. 78; ECtHR 30 July 2013, Berisha v. Switzerland, JV 2013/302, para. 51; ECtHR 8 July 2014, M.P.E.V. y otros v. Switzerland, 3910/13, párrafo 57; ECtHR 3 October 2014, Jeunesse v. the Netherlands, JV 2014/343 con comentario P. Boeles, párrafos 75, 109 y 118.

Se trata del caso Neulinger, en el que el Tribunal analizó exhaustivamente el significado sustantivo del interés superior del niño y cómo se debe aplicar este término en casos individuales. Aunque el caso Neulinger no es un caso de migración, es muy relevante; el caso Neulinger cita fallos anteriores relacionados con la deportación de extranjeros²⁴ y, como se mencionó, el TEDH se refiere al caso Neulinger en casos posteriores de migración.

En el caso Neulinger, el TEDH describe una metodología clara para determinar cómo abordar el interés superior del niño, estableciendo que el interés superior del niño comprende dos elementos: uno, el interés de mantener los vínculos con su familia, y dos, la evaluación individual de la perspectiva de desarrollo del niño. Según el TEDH, los factores importantes son la edad, el nivel de madurez, la presencia o ausencia de los padres, y el contexto y las experiencias vividas²⁵. Indica además que, como parte del procedimiento nacional, se debe llevar a cabo una evaluación profunda de toda la situación familiar, tomando en consideración los datos fácticos y los factores emocionales, psicológicos, materiales y médicos a fin de establecer un equilibrio de intereses²⁶. Respecto del equilibrio de intereses, el Tribunal señala que en la sentencia del caso Neulinger existe un consenso internacional de que el interés superior del niño debe recibir consideración primordial en todas las acciones relativas a los niños²⁷.

El enfoque de la sentencia Neulinger presenta claras oportunidades para objetivar el interés superior del niño. El énfasis que asigna el Tribunal a la responsabilidad del Estado de recabar información activamente hace que resulte aconsejable para los Estados en 8 casos relativos al CEDH que involucren a niños recurrir de forma sistemática a expertos para determinar el interés superior del niño.

En el procedimiento para establecer un equilibrio de intereses, se deben incluir explícitamente informes de expertos. En este sentido, al momento de evaluar las pruebas presentadas sobre la posición del niño, es particularmente relevante el párrafo del caso *Jeunesse* en el que se decide que se debe evaluar e investigar la utilidad práctica, viabilidad y proporcionalidad de un fallo negativo.

En el caso *Jeunesse*, el Tribunal también señala que el interés superior del niño tiene preeminencia respecto de otros intereses en cuestión, pero el interés superior del niño por sí solo no es decisivo.

3. El rol y alcance del 'interés superior del niño' en la Unión Europea

Los derechos del niño en la UE

El párrafo 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea de 1992 establece que la Unión Europea promueve la protección de los derechos del niño. En 2006, la Comisión Europea publicó el documento *Hacia una Estrategia de la UE sobre los Derechos de la Infancia*²⁸. También en 2006, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoció que aunque la Unión no es parte signataria de la CDN, el Tribunal otorga reconocimiento y protección a los derechos fundamentales en la forma de principios generales de la legislación de la UE. Para la pregunta sobre qué derechos fundamentales se incluyen, el Tribunal se guía por las tradiciones constitucionales conjuntas de los Estados miembros y por los instrumentos legales sobre derechos humanos en los que están involucrados los Estados miembros o a los cuales han adherido²⁹. El Tribunal reconoce de esta manera que las disposiciones de la CDN son parte de los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal como principios generales de la legislación de la UE³⁰.

Aunque cronológicamente esto no es totalmente correcto, se debe tomar el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la Carta) como la base jerárquica de las disposiciones legales sobre niños en la Unión Europea. La Carta fue adoptada en el año 2000, pero solo pasó a ser un documento legalmente vinculante a partir del Tratado de Lisboa en 2009. Según el artículo 51, párrafo 1, de la Carta, los Estados Miembros solo quedan obligados por la Carta si aplican la legislación de la Unión Europea. Además, según la jurisprudencia del TJUE, se debe tomar la Carta como un texto que refleja los principios generales de la legislación de

24 ECtHR 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, RV 2010/98 con comentario Ruitenberg, para. 146.

25 ECtHR 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, RV 2010/98 with commentary Ruitenberg, para. 138.

26 ECtHR 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, RV 2010/98 with commentary Ruitenberg, para. 139.

27 ECtHR 6 July 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, RV 2010/98 with commentary Ruitenberg, para. 135.

28 COM(2006) 367. En esta estrategia, la CE señala la importancia de los derechos del niño para el trabajo de la UE y se refiere directamente a la CDN.

29 Aunque la UE no es parte signataria de la Convención, todos los Estados miembros de la UE han ratificado la CDN.

30 P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder and K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 45.

la UE³¹. Aún si estos principios de la Carta están incompletos o se los aborda de una forma limitada, igual se aplican como principio legislativo de la UE³².

El TJUE consideró en el fallo del caso Deticek³³ que el derecho del niño a mantener una relación personal y contacto directo con su padre y su madre (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 24, párrafo 3) es un derecho indiscutible de todo niño. De acuerdo con el TJUE, las disposiciones legales de la UE no se pueden interpretar de manera que resulte violatoria de este derecho fundamental. De acuerdo con el TJUE, el interés superior del niño en mantener una relación personal con ambos padres sólo podría ser denegado si dicho contacto resulta contrario al interés superior del niño³⁴. Dada la categoría jerárquica de la Carta, la interpretación que hace el TJUE del significado del artículo 24 tiene gran alcance y es, por ejemplo, también aplicable a la Directiva sobre Reunificación Familiar.

Otros fallos también demuestran que el TJUE está dispuesto a asignar gran peso al interés superior del niño. Por ejemplo, el 6 de junio de 2013, el TJUE reconoció la importancia de los procedimientos breves y expeditivos para los menores no acompañados en virtud del artículo 24, párrafo 2 de la Carta³⁵. La expectativa es que el TJUE también considere la importancia de que los procesos sean breves y expeditivos según lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta cuando se trata de procedimientos de niños que se encuentran separados de sus padres o están en peligro de ser separados por un procedimiento similar.

A partir de la jurisprudencia mencionada, aún no se puede concluir en forma precisa cómo interpreta el Tribunal de Justicia el término "consideración primordial" en función del interés superior del niño. Lo que está claro es que el Tribunal considera que es importante anteponer el interés superior del niño cuando los intereses de los niños se ven evidentemente socavados por una interpretación determinada de una disposición de la legislación de la UE.

Libro Verde y orientaciones

En 2011, la Comisión Europea publicó un Libro Verde (*Green Paper*)³⁶ sobre la Directiva de Reunificación Familiar³⁷. Las orientaciones del Libro Verde reflejan la postura actual de la CE y pueden cambiar. Se refieren a la posición de los niños en repetidas ocasiones³⁸. La CE se refiere además a la jurisprudencia del TJUE, en la que se ha decidido que los criterios para decidir la reunificación familiar se deben determinar a la luz del derecho a la vida privada y familiar y los derechos del niño³⁹.

El TJUE también reconoce que los niños deben crecer en un entorno familiar que permita el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad. La CE señala que también por esta razón, los Estados Miembros que atienden una solicitud de reunificación familiar deben asegurarse de que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, a menos que dicha separación favorezca el interés superior del niño⁴⁰.

Aunque la Directiva de Reunificación Familiar permite a los Estados miembros establecer una cantidad limitada de condiciones para la reunificación familiar, la CE enfatiza constantemente que de todos modos se deben atender los intereses del niño involucrado en los casos de denegación de la solicitud en virtud de dichas condiciones. La CE recomienda a los Estados miembros no cobrar cargos administrativos por las solicitudes de reunificación familiar presentadas por niños con el propósito de promover el interés superior del niño.

En el análisis del Libro Verde, la organización Defensa de los Niños ha promovido que se elaboren orientaciones específicas que expresen el significado y el método para evaluar el interés superior del niño en procedimientos individuales de reunificación familiar⁴¹.

31 CJEU 26 June 2006, *Parliament v. the Council*, JV 2006/313 with commentary Boeles, point 38. See also: Boeles, den Heijer, Lodder and Wouters 2014, p. 45.

32 CJEU 11 December 2014, *Boudjlida*, ECLI: EU:c:2014:2431, para. 30-35.

33 CJEU 23 December 2009, c-403/09 *Deticek*.

34 Regulation (EC) No. 2201/2003 sobre la jurisdicción y el reconocimiento y aplicación de sentencias en asuntos matrimoniales y de responsabilidad de los padres, deroga Regulation (EC) No 1347/2000.

35 CJEU 6 June 2013, C-648/11, JV 2013/250, para. 61.

36 COM(2011) 735 final.

37 COM(2014) 2010 final.

38 La CE enfatiza en múltiples ocasiones, que de acuerdo con el artículo 5, párrafo 5 de la Directiva de Reunificación Familiar, se deben tomar en consideración el interés superior del niño y, en conformidad con el artículo 17 acuerdo con el Artículo 5, párrafo 5, la Directiva sobre Reunificación Familiar de la Directiva de Reunificación Familiar, en caso de rechazo de una solicitud de reunificación familiar, se deben tomar en cuenta las circunstancias individuales del caso. De comprende el deber de tomar en cuenta el bienestar del niño y la situación de la familia. Aquí la CE se refiere al principio del respeto por la vida familiar, en consonancia con la CDN y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

39 COM(2014) 210 final, p. 26.

40 COM(2014) 210 final, p. 9.

41 <http://www.defenceforchildren.nl/images/69/1835.pdf>.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La CE, sin embargo, no se ha mostrado dispuesta a llegar hasta este punto aún y, si bien las orientaciones de la CE resultan útiles, sigue siendo insatisfactorio que no haya habido mayor clarificación del concepto de interés superior del niño así como el peso que se ha asignado a este interés en comparación con otros intereses. Sigue existiendo la necesidad de contar con interpretaciones más autorizadas sobre la forma en que se deben aplicar en la práctica los principios legales de la UE en los casos que involucran a niños.

Dra Martine Goeman es experta Legal en Derechos de los Niños y Migración de Defensa de los Niños, Países Bajos.

Este artículo es un resumen de la investigación de Jorg Werner y Martine Goeman publicada en junio de 2015; Familias limitadas: un análisis del interés superior del niño en las políticas de migración familiar (*Families constrained: An analysis of the best interests of the child in family migration policies*). Se puede leer el informe completo en: <http://www.childrenslegalcentre.com/userfiles/Defence-for-Children-Families-constrained-an-analysis-of-the-best-interests-of-the-child-in-family-migration-policies-15-November-2015.pdf>

Un llamado para pensar y actuar en pos de la protección infantil global: niños migrantes y sistemas de bienestar infantil

**Profesora Adjunta Katrin Križ
y Profesora Tarja Pösö**



Profesora Adjunta Katrin Križ



Profesora Tarja Pösö

Introducción

La migración es un fenómeno creciente a nivel global que resuelve y también genera problemas para los migrantes internacionales¹. Los niños y las familias que migran pueden escapar de privaciones económicas, conflictos políticos o desastres naturales, o reunirse con sus familias, pero también pueden enfrentar desafíos económicos, físicos, sociales y emocionales durante su viaje y el proceso de aculturación en la nueva sociedad². La migración afecta a los sistemas públicos de protección infantil cuando las familias migrantes entran en contacto con los servicios de bienestar y cuando deben proteger a los niños migrantes del maltrato y abandono. No obstante, hay pocas investigaciones comparativas sobre la forma en que los sistemas de bienestar infantil de distintos países del norte global buscan satisfacer las necesidades de los niños migrantes vulnerables. El término *niño migrante* en este artículo se refiere a los niños que cruzan fronteras

internacionales, ya sea solos o con sus familias o cuidadores, así como los hijos de migrantes internacionales que nacen en la sociedad receptora. En este texto, presentaremos algunos hallazgos clave de un análisis internacional comparativo realizado recientemente sobre la forma en que los sistemas de bienestar infantil de 11 países, entre ellos, Australia, Austria, Canadá, Inglaterra, Estonia, Finlandia, Italia, los Países Bajos, Noruega, España y los Estados Unidos, conceptualizan y tratan a los niños migrantes y sus familias. Este análisis se publicó como un libro titulado *Child welfare systems and migrant children*.³ Para empezar, proporcionaremos una reseña general sobre el tema de los niños y la migración.

Niños y migración

Según la Organización de las Naciones Unidas (2015), a lo largo de los últimos 15 años, la migración mundial ha aumentado rápidamente, y los países de altos ingresos alojan a más de dos tercios de la totalidad de migrantes internacionales. En el año 2000, la cantidad de migrantes internacionales ascendía a 173 millones; en 2015, la cantidad era de 244 millones. La mayoría de los migrantes provienen de países de ingresos intermedios, y casi la mitad nacieron en Asia, y en menor medida en Europa, América Latina, el Caribe y África⁴. La tabla 1

1 Naciones Unidas. (2015). International Migration Report: Highlights. Tomado el 2 de septiembre de 2016 de <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf>.

2 Dettlaff, A. J., Vidal de Haymes, M., Velazquez, S., Mindell, R., & Bruce, L. (2009). Emerging issues at the intersection of immigration and child welfare: Results from a transnational research and policy forum. *Child Welfare*, 88(2), 471-67; Johnson, M. A. (2007). The social ecology of acculturation: Implications for child welfare services to children of immigrants. *Children and Youth Services Review*, 29, 1426-1438; International Organization for Migration (IOM). 2016. Mediterranean migrant arrivals reach 300,450; deaths at sea: 3,501. Tomado el 26 de septiembre de 2016 de <<https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-300450-deaths-sea-3501>>.

3 Skivenes, M., Barm, R., Križ, K., Pösö, T. (2015). *Child welfare systems and migrant children. A cross-country study of policies and practices*. New York: Oxford University Press.

4 ONU 2016, nota 1.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

ilustra el cambio en la demografía migratoria en s países de la OCDE entre los años 2000 y 2013⁵.

Tabla 1. Porcentaje de población nacida en el extranjero

País	2000 o primer año disponible	2013 o último año disponible
México	0,5	0,8
Polonia	2,0	1,8
Chile	1,2	2,4
República Eslovaca	2,2	3,2
Hungría	2,9	4,5
Finlandia	2,6	5,6
Grecia	10,3	6,6
República Checa	4,2	7,1
Portugal	5,1	8,3
Dinamarca	5,8	8,5
Italia	3,9	9,4
Estonia	18,4	10,1
Islandia	6,0	11,5
Países Bajos	10,1	11,6
Francia	10,1	11,9
Reino Unido	7,9	12,3
Alemania	12,5	12,8
Estados Unidos	11,0	13,1
España	4,9	13,4
Noruega	6,8	13,9
Bélgica	10,3	15,5
Suecia	11,3	16,0
Eslovenia	8,5	16,1
Irlanda	8,7	16,4
Austria	10,4	16,7
Canadá	17,4	20,0
Israel	32,2	22,6
Australia	23,0	27,6
Nueva Zelanda	17,2	28,2
Suiza	21,9	28,3
Luxemburgo	33,2	43,7

Los niños migran con sus familias o por sí mismos por una variedad de razones, a veces forzadas (por ejemplo, en el caso de la trata de personas), a veces no. En otros casos los niños permanecen en su país natal cuando los padres migran⁶, lo que hace que su infancia se vea

5 OCDE. (2016a). OECD Factbook 2015-2016. Immigrant and foreign born population. Tomado el 22 de septiembre de 2016 de <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/3015041ec005.pdf?expires=1474900157&id=id&accname=quest&checksum=019D3356F1E76E74F4C5B45DAFE42994>.

6 Dreby, J. (2010). Divided by borders: Mexican migrants and their children. Berkeley: University of California Press; Levitt, P. (2001). The transnational villagers. Berkeley: University of

profundamente influenciada por la migración, aunque ellos hayan permanecido en su país de origen.

Muchos niños migran a otros países por sí solos⁷. Más específicamente, se habla de niños migrantes o niños migrantes no acompañados cuando los niños atraviesan fronteras nacionales sin sus familias. Por ejemplo, en 2014, se estima que 60.000 niños cruzaron la frontera de México a Estados Unidos sin sus padres o cuidadores⁸. En 2014, 25.000 niños llegaron a Europa sin la compañía del padre, la madre u otro cuidador⁹. Hay cuatro categorías amplias de niños migrantes según Bhabha y Schmidt (2008): los niños que viajan en búsqueda de oportunidades, sean educativas o de índole laboral; los niños que viajan para sobrevivir y escapar de la persecución o los conflictos armados, el maltrato familiar, y la pobreza extrema; los niños que viajan para reunirse con su familia, para encontrarse con familiares documentados o indocumentados que ya han migrado; y los niños que viajan en un contexto de explotación (incluida la trata de personas).

Se ha demostrado que las poblaciones nacidas en el extranjero son más vulnerables en términos económicos y sociales que las poblaciones nativas, y por la misma razón es probable que los niños nacidos en el extranjero sean más vulnerables. No obstante, según la ONU:¹⁰

A pesar de los múltiples beneficios de la migración, los migrantes siguen estando entre los miembros más vulnerables de la sociedad. En general son los primeros en perder su trabajo en caso de crisis económica, a menudo trabajan por menor remuneración, más horas y en peores condiciones que los trabajadores nacionales. Aunque para muchos la migración es una experiencia empoderante, hay migrantes que padecen violaciones de derechos humanos, abuso y discriminación.

Las estadísticas recientes de la OCDE sobre las tasas de desempleo de poblaciones nativas y nacidas en el extranjero, que se muestran en la tabla 2 a continuación, demuestran la

California Press; Salazar- Parreñas, R. (2005). Children of global migration: Transnational families and gendered woes. Stanford: Stanford University Press; Schmalzbauer, L. (2005). Striving and surviving: A daily life analysis of Honduran transnational families. New York: Routledge 2005.

7 Bhaba, J., & Schmidt, S. (2008). Seeking asylum alone: Unaccompanied and separated children seeking protection in the U.S. The Journal of the History of Childhood and Youth, 1 (1), 126-138.

8 Tobia, P.J. (2014). No country for lost kids. 20 de junio de 2014. PBS NewsHour. Tomado el 26 de septiembre de 2016 de <http://www.pbs.org/newshour/updates/country-lost-kids/>.

9 UNICEF. (2015). Refugee and migrant crisis in Europe. Tomado el 26 de septiembre de 2016 de http://www.unicef.org/publicpartnerships/files/Refugee_and_migrant_children_in_Europe_-_Sept_2015.pdf.

10 ONU 2015 en p.3, nota 1.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

vulnerabilidad económica de los migrantes en comparación con la situación de los nativos.

Tabla 2. Tasas de desempleo de poblaciones nativas y nacidas en el extranjero como porcentaje de la fuerza laboral total en los países de la OCDE con datos disponibles en 2014¹¹

País	Nacidos en el extranjero	Nativos
Australia	6,1	6,2
Austria	10,1	4,7
Bélgica	17,6	6,9
Canadá	7,9	6,7
República Checa	7,0	6,2
Dinamarca	12,3	6,0
Estonia	9,3	7,3
Finlandia	16,8	8,3
Francia	16,0	9,1
Alemania	7,9	4,5
Grecia	34,5	25,8
Hungría	6,0	7,8
Islandia	7,6	4,7
Irlanda	13,5	11,0
Italia	16,4	12,3
Luxemburgo	7,2	4,4
México	6,8	5,0
Países Bajos	12,0	6,1
Nueva Zelanda	6,3	5,9
Noruega	7,9	2,9
Polonia	12,1	9,1
Portugal	16,9	14,2
República Eslovaca	7,4	13,3
Eslovenia	13,0	9,6
España	33,3	22,8
Suecia	16,4	6,2
Suiza	7,7	3,3
Turquía	12,0	10,0
Reino Unido	7,1	6,1
Estados Unidos	5,8	6,5
UE 28	14,9	9,8

Para los niños, la migración representa algunos grandes desafíos, según lo demuestran Hordyk y sus colegas (2015)¹². El siguiente fragmento da

cuenta de lo que enfrentan los niños migrantes a nivel diario solo por ser niños:

Al llegar a un país receptor, los niños inmigrantes y refugiados se ven enfrentados a una lista de tareas bastante intimidante. Deben adaptarse a un nuevo idioma, nuevos alimentos, nuevos espacios sociales, una nueva geografía física y un nuevo sistema educativo y simultáneamente adaptarse a nuevas constelaciones familiares y/o comunitarias. También se enfrentan al desafío más abstracto de adaptarse a las normas y expectativas del país receptor con respecto a la infancia¹³

Los niños tienen recursos diferentes a los de los adultos para lidiar con sus listas de tareas. Este trabajo y estudios recientes sobre la participación de los niños en la toma de decisiones sobre migración¹⁴ subrayan que los niños son agentes activos en el proceso de migración y las decisiones de migrar de las familias. Estos estudios sugieren que los niños pueden estar involucrados o que su bienestar puede ser un factor central en estas decisiones. No obstante, en las investigaciones tradicionales sobre migración, los niños migrantes son vistos, según White et al. (2011), como seres pasivos, necesitados y diferentes; sus relatos acerca de sí mismos y sus vidas son silenciados mediante discursos adultistas sobre la toma de decisiones y las experiencias relacionadas con la migración¹⁵. Además, los niños refugiados y sus familias pueden ser vistos socialmente como víctimas o como seres sospechosos, lo cual puede ser opuesto a la forma en que ellos ven su propia situación¹⁶. Esta clase de hipótesis nos motivaron a explorar en detalle la forma en que los sistemas de bienestar infantil tratan a los niños migrantes desde una perspectiva comparativa internacional.

El estudio internacional sobre los sistemas de bienestar infantil y los niños migrantes que estamos reseñando aquí se vio motivado también por una plataforma teórica emergente sobre niñocentrismo que se ha desarrollado desde la

13 Ibid en p. 571, citando a Ensor y Gozdiak, 2010; Ensor, M. O., y E. Gozdiak (Eds.) (2010). Introducción: niños migrantes en la encrucijada. En *Children and migration: At the crossroads of resiliency and vulnerability*, 11-14. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

14 Bushin, N. (2009). Researching family migration decision-making: A children-in-families approach. *Population, Space and Place*, 15, 429-443; Ryan, L. & Sales, R. (2011). Family migration: The role of children and education in family decision-making of Polish migrants in London. *International Migration*, 51 (2), 90-103; Moskali, M. & Tyrrell, N. (2016). Family migration decision-making, step-migration and separation: Children's experiences in European migrant-worker families. *Children's Geographies*, 14 (4), 453-467.

15 White, A., Ni Laoire, C., Tyrrell, N. & Carpena-Mendez, F. (2011). Children's roles in transnational migration. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 8 (37), 1159-1170.

16 Eastmond, M. & Ascher, H. (2011). In the best interest of the child? The politics of vulnerability and negotiations for asylum in Sweden. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37 (8), 1185-1200.

11 OCDE. (2016b). OECD Factbook 2015-2016. Unemployment rates of native-born and foreign-born populations. Tomado el 22 de septiembre de 2016 de http://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2015-2016/unemployment-rates-of-native-and-foreign-born-population_factbook-2015-table18-en;jsessionid=1bn78lky9y9ov.x-oecd-live-02.>

12 Hordyk, S., R., Dulude, M. & Shem, M. (2015). When nature nurtures children: Nature as a containing and holding space. *Children's Geographies*, 13 (5), 571-588.

década de 1990¹⁷. El paradigma teórico niñocéntrico nos impulsó a focalizarnos en los niños migrantes y su protección por parte de los sistemas públicos de protección infantil. Según Skivenes y Strandbu (2006), este paradigma, que aún se encuentra en desarrollo, subraya tres niveles de análisis que consideramos pertinentes para el estudio de los niños migrantes y los sistemas de bienestar infantil. En primer lugar, una perspectiva niñocéntrica contiene un elemento estructural, que consiste en considerar las medidas institucionales formales para promover los derechos del niño. En el contexto de los niños migrantes o los niños de familias migrantes, esto implica analizar cómo los gobiernos garantizan la protección de los niños marginalizados a través de leyes y políticas, tanto en materia de migración como de bienestar infantil¹⁸. Este abordaje alienta a los investigadores a analizar cómo los gobiernos promueven medidas institucionales adaptadas a las necesidades y competencias de los niños. Por ejemplo, Bhaba (2009) aplica este elemento de un paradigma niñocéntrico en relación con los niños migrantes cuando sostiene que la norma legal que consagra el derecho a la vida familiar en los Estados Unidos está orientada a los adultos, no a los niños: los ciudadanos adultos que han migrado a los Estados Unidos tienen derecho a llevar a sus dependientes al país, mientras que los niños migrantes no tienen un derecho equivalente¹⁹. El foco sobre el elemento estructural de una perspectiva niñocéntrica nos ha impulsado a examinar las plataformas legales y políticas que afectan las vidas de los niños migrantes vulnerables en los 11 países estudiados.

En segundo lugar, un paradigma niñocéntrico alienta a los investigadores a analizar si las interacciones entre adultos y niños, por ejemplo entre los adultos que trabajan en la aplicación de las leyes migratorias o los profesionales empleados en organismos públicos de bienestar infantil, perciben a los niños como el foco de su trabajo y reconocen a los niños como personas con su propia perspectiva sobre sus vidas. Cuando los adultos toman decisiones sobre los niños, importa si perciben o no a los niños migrantes como seres competentes o incompetentes, como sujetos o como objetos, etc. Más específicamente, las percepciones de los adultos sobre los niños hacen una diferencia en el grado en que se permite que los niños migrantes ejerzan sus derechos formales durante el curso

de la implementación de una ley o política (por parte de profesionales adultos).

En el contexto de los niños y la migración, Bhaba (2009) describe los interrogatorios contenciosos que les realizan los oficiales de migración a los niños que buscan asilo en Australia y los Estados Unidos como ejemplos de prácticas que se oponen al interés superior de los niños.

En tercer lugar, una perspectiva niñocéntrica enfatiza el hecho de que los niños son individuos que tienen una vida aquí y ahora, con un pasado y un futuro. Esto arroja luz sobre la forma en que los niños ven su situación y el mundo, y recalca la importancia de las opiniones de los niños. En el campo de las investigaciones sobre niños migrantes, el estudio sobre niños y jóvenes que buscan asilo en Escocia, realizado por Hopkins y Hill (2010), que se basó en entrevistas con niños y proveedores de servicios, demuestra que estos niños tienen un complejo conjunto de necesidades pero también tienen fortaleza y resiliencia; es decir que el estudio coincide con esta perspectiva²⁰.

¿Cómo tratan los sistemas de bienestar infantil a los niños?

Lo que sabemos acerca de la forma en que los diferentes sistemas de bienestar infantil interactúan con los niños en general, según las investigaciones existentes, es que hay diferencias y similitudes en el trato que les proporcionan diferentes sistemas de protección infantil del norte global a los niños vulnerables y sus familias. Hasta hace poco, los sistemas de protección infantil solían aplicar diferentes orientaciones en el trato con niños vulnerables²¹. Los sistemas orientados a la protección infantil como el de Estados Unidos aplican un abordaje más legalista, investigativo y contencioso que se focaliza en proteger a los niños del riesgo de daño, mientras que los sistemas orientados al servicio familiar como los de Finlandia y Noruega asisten a los niños de manera universal con el apoyo de servicios preventivos. No obstante, estos abordajes se han tornado más mixtos en los últimos años. En general, los sistemas de protección infantil han trasladado el foco hacia el niño, pasando de la protección contra el riesgo a la prestación de servicios de bienestar mediante intervención temprana y prevención²². No obstante, hay muy poco conocimiento acerca de las diferencias y similitudes en la forma en que

17 James, A., & Prout, A. (1997). *Constructing and reconstructing childhood*. London: Falmer Press.

18 Skivenes, M., & Strandbu, A. (2006). A child perspective and participation for children. *Journal of Children, Youth and Environments*, 16 (2), 10-27.

19 Bhabha, J. (2009). Arendt's children: Do today's migrant children have a right to have rights? *Human Rights Quarterly*, 31 (2), 410-451.

20 Hopkins, P. & Hill, M. (2010). The needs and strengths of unaccompanied asylum-seeking children and young people in Scotland. *Child & Family Social Work*, 15 (4), 399-408.

21 Gilbert, N. (ed.) (1997). *Combating child abuse: International perspectives and trends*. Oxford University Press, Oxford; Gilbert, N., Parton, N., & Skivenes, M. (2011). Changing patterns of response and emerging orientations. In N. Gilbert, N. Parton, & M. Skivenes (Eds.), *Child protection systems: International trends and orientations* (pp. 243-257). New York: Oxford University Press.

22 Gilbert et al. (2011), *ibid*.

estos sistemas interactúan con los niños migrantes.

El objetivo del libro *Child welfare systems and migrant children* (Skivenes et al., 2015) es proporcionar una comparación sobre la forma en que los diferentes sistemas de bienestar infantil conceptualizan y tratan a los niños migrantes y sus familias.

Les solicitamos a los colaboradores de cada país que participaron en la elaboración del libro que examinen las siguientes preguntas en sus respectivos capítulos:

- ¿Qué establecen las leyes y políticas sobre el bienestar de los niños migrantes y los servicios que se les proporcionan?
- ¿Cómo organizan los sistemas de bienestar infantil los servicios que les proporcionan a los niños migrantes y cómo están capacitados los profesionales del área para trabajar con esta población de niños?
- ¿En qué medida se encuentran representados los niños migrantes en los sistemas de bienestar infantil?
- ¿Cómo es el trabajo de bienestar infantil que se realiza con los niños migrantes y sus familias?

Para estudiar el último elemento, realizamos una encuesta de campo con trabajadores de bienestar infantil, que fue respondida por un total de 838 trabajadores de servicios infantiles de nueve países (Australia y los Países Bajos no participaron en las encuestas de campo). La encuesta les solicitaba a los encuestados que reaccionen a dos viñetas de casos que involucraban a niños migrantes. Una viñeta delineaba el caso de una familia migrante que tenía un bebé recién nacido y vivía en extrema pobreza y en condiciones de vivienda precaria. La otra viñeta ilustraba el caso de una niña migrante de 10 años que era golpeada por sus padres. Les pedimos a los encuestados que evalúen el riesgo de los niños y tomaran una decisión sobre los casos. La encuesta también incluía preguntas sobre la formación de los trabajadores, qué nivel de competencia sentían que tenían para trabajar con niños y familias migrantes, y el nivel de desafío y las barreras sistémicas que experimentaban al trabajar con familias migrantes. También incluía la pregunta de si un niño indocumentado que no asiste a la escuela es responsabilidad del sistema de bienestar infantil.

Los hallazgos clave del libro sugieren que ninguno de los sistemas de bienestar infantil estudiados satisface totalmente las necesidades de los niños migrantes. Nuestros hallazgos demuestran también que hay importantes brechas de conocimiento y desafíos sistémicos en el trabajo que realizan los sistemas de bienestar infantil con los niños migrantes.

Se determinó que en muchos países, entre ellos, Austria, Australia, Canadá, Estonia, Finlandia,

Italia y España, el estado no recopila datos de manera coherente, longitudinal y sistémica sobre la representación de los niños migrantes y sus familias en los organismos públicos de bienestar infantil; sobre sus características demográficas, y sus problemas, riesgos y necesidades específicas. Sin estos tipos de datos es imposible evaluar si los niños migrantes y sus familias están sobre o subrepresentados en el sistema de bienestar infantil en comparación con los no migrantes, y por qué podría ser así, cómo trabajan los sistemas de bienestar infantil con los niños migrantes a lo largo del tiempo, y si las intervenciones de políticas en nombre de los niños migrantes hacen una diferencia. Los datos existentes sobre la representación de los niños migrantes en los sistemas públicos de bienestar infantil de Noruega, los Países Bajos y los Estados Unidos revelan que algunos niños migrantes se encuentran desproporcionadamente representados en los servicios que se prestan dentro y fuera del hogar. Este dato es fundamental para los formuladores de políticas y los profesionales que toman en serio los desafíos específicos de esta población.

A nivel de las leyes y políticas de bienestar infantil, determinamos que los sistemas de bienestar infantil conceptualizan a los niños migrantes como a cualquier otro niño, en los casos en que los perciben. Son muy pocos los países que tienen legislación que mencione explícitamente a los niños migrantes. Por otro lado, hay evidencia, al igual que en los Estados Unidos, de que las políticas de migración, incluida la detención y deportación de migrantes indocumentados, contradicen la lógica de las políticas de bienestar infantil, que buscan proteger a los niños del riesgo de daño y promover su interés superior independientemente de su estatus de residencia o ciudadanía. De hecho, Skivenes et al. (2015) estableció que los niños migrantes indocumentados y sus familias pueden verse excluidos de los servicios que pueden necesitar.

A nivel organizacional, hay países como Australia, Canadá, Inglaterra y los Estados Unidos cuyos sistemas de bienestar infantil están orientados a la protección y proporcionan servicios dirigidos específicamente a los niños migrantes a través de proveedores de servicios en la comunidad local donde viven los migrantes. Así es también en Austria e Italia. En los sistemas de bienestar infantil orientados a los servicios familiares, como el de Finlandia y Noruega, el propio estado les proporciona servicios preventivos y continuos a los niños migrantes a través de servicios estatales y universales de bienestar público. No obstante, el estado también ofrece servicios públicos dirigidos específicamente a los niños migrantes para promover su educación y su inclusión social.

En términos de formación, en casi todos los países hay evidencia de que un gran grupo de

profesionales de bienestar infantil no tiene preparación suficiente para trabajar con niños migrantes: el 45% de los profesionales encuestados sentía que su formación era insuficiente, y el 40% se sentía menos competente para trabajar con familias migrantes que para trabajar con otras familias. También observamos que la formación de los profesionales en el área de bienestar infantil se ha focalizado en el multiculturalismo y las competencias culturales, con escasa formación en derechos. La evidencia sugiere que otros temas relevantes son a menudo desatendidos en los programas de formación, por ejemplo, los temas relacionados con el estatus legal o la residencia de los migrantes (especialmente en el caso de niños migrantes indocumentados o no acompañados), los problemas que surgen de historias de migración diversas, experiencias entre diferentes grupos de migrantes e información sobre las experiencias de carencias y discriminación de los migrantes. En varios países (Austria, Inglaterra, Finlandia y Noruega), las respuestas a la encuesta demostraron que entre el 80% y el 93% de los profesionales no hablaban el mismo idioma que ninguno de los grupos inmigrantes con los que trabajaban. Al mismo tiempo, la mayoría de los países evaluados no presentan los problemas de comunicación y el uso de intérpretes como un tema importante. Si esto significa que los países no le han prestado atención al tema de la diferencia de idioma (en lugar de que lo han resuelto), es un problema que necesita ser abordado en el futuro.

En cuanto a los resultados sobre las prácticas de bienestar infantil con niños migrantes que surgen de la encuesta, observamos que había pocas diferencias significativas entre países en términos de evaluación del riesgo y toma de decisiones en los dos casos abordados, pero sí observamos variaciones considerables dentro de los países. Nuestra expectativa era encontrar diferencias entre países como resultado de diferencias sistémicas entre los sistemas de bienestar infantil, sin embargo, las respuestas no podían ser asignadas fácilmente a un mapeo de diferentes tipos de sistema de bienestar infantil. Sí encontramos diferencias entre países en las respuestas a la viñeta del caso del niño indocumentado, donde el 13% del total de los encuestados respondió que no sabía si el sistema de bienestar infantil era responsable por un niño indocumentado que no asiste a la escuela.

Llamado a pensar y actuar en pos de la protección global de los niños

Como resultado de nuestro análisis, propusimos el desarrollo de un marco conceptual para políticas de bienestar infantil, prácticas e investigaciones con niños migrantes que amplíen los abordajes actuales de los sistemas de bienestar infantil en el trato con niños migrantes. Este abordaje debe reconocer a los niños

migrantes como agentes activos cuyos derechos y necesidades específicos deben ser comprendidos y satisfechos en las interacciones con los sistemas de bienestar infantil. Apoyándonos en la premisa internacional de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, también llamamos a conceptualizar el bienestar infantil como una cuestión global que traspasa los límites territoriales, tal como los migrantes. Las necesidades y los derechos de los niños migrantes deben ser protegidos a nivel nacional y supranacional y en cualquier situación de interacción entre niños migrantes y los sistemas de bienestar infantil y sus representantes, sean trabajadores sociales o jueces. Desde esta perspectiva, los sistemas de bienestar infantil deben reconocer las necesidades y los derechos de los niños migrantes independientemente de su condición migratoria en el país receptor. Además, los sistemas de bienestar infantil deben reconocer también las necesidades específicas de los niños de familias transnacionales que pueden haber quedado en el país de origen cuando sus padres o familias emigraron. Se necesita una conceptualización amplia de los niños migrantes en un marco adecuado para los profesionales, que debe incluir competencias culturales pero también conocimiento sobre los derechos de los niños como ciudadanos. Por último, aunque no por ello menos importante, se debe prestar atención suficiente tanto al hecho de que los niños son agentes activos como a su vulnerabilidad en un contexto de migración, lo que requiere una visión flexible sobre la infancia y la migración.

Observaciones finales

Hemos demostrado aquí que en la última década ha aumentado la migración internacional a países de altos ingresos, y que los migrantes son vulnerables en muchos sentidos. También hemos demostrado que los sistemas de bienestar infantil aún tienen muchas cuestiones urgentes por abordar en lo que respecta al trabajo con niños migrantes y sus familias. Al mismo tiempo, el apoyo político a partidos pro-nacionalistas y anti-migrantes ha cobrado impulso en varios países de altos ingresos, como Austria, Dinamarca, Inglaterra, Francia, Alemania, Hungría, Suecia, los Países Bajos, y los Estados Unidos, con llamados de políticos de derecha a cerrar las fronteras, construir muros y excluir a la totalidad o a ciertos grupos de migrantes²³. Estos panoramas políticos representan un desafío para todos los trabajadores sociales y jueces que trabajan con niños migrantes en el sistema de bienestar infantil.

En respuesta a las conclusiones de nuestro análisis sobre la forma en que los sistemas de bienestar infantil de 11 países perciben y tratan a

23 Shuster, S. (2016). Europe swings right. Time, 30-35, October 3, 2016.

los niños migrantes²⁴, apoyamos un abordaje de bienestar infantil que se opone a estas actitudes altamente preocupantes. Proponemos un pensamiento sobre la protección infantil global que entienda el bienestar infantil como un proyecto global focalizado en los derechos del niño que tenga una visión más abarcadora de la migración, que vaya más allá de los límites de las fronteras nacionales, para que los niños migrantes puedan ser protegidos en forma justa y eficaz.

Katrin Križ es Profesora Adjunta de Sociología y Directora del Programa de Honores Universitarios de Emmanuel College Boston.

Tarja Pösö es profesora de Trabajo Social en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Tampere.

Son autoras del libro *Child welfare systems and migrant children: A cross-country study of policies and practices* (*Sistemas de bienestar infantil y niños migrantes: un estudio multinacional de políticas y prácticas*), coeditado por Marit Skivenes y Ravinder Barn, y publicado por Oxford University Press.

24 Skivenes et al (2015), note 3 above.

La detención de inmigrantes extranjeros en Australia y el caso Demandante M68/2015 vs. Ministro de Inmigración y Protección de Fronteras y otros [2016] HCA 1*

Madeline Gleeson



Madeline Gleeson

Reseña

Este artículo ofrece una reseña sobre el contexto, los hechos claves y las conclusiones de la Suprema Corte de Australia en el caso Demandante M68/2015 vs. Ministro de Inmigración y Protección de Fronteras y otros [2016] HCA 1 (*Plaintiff M68/2015 vs/ Minister for Immigration and Border Protection & Ors* [2016] HCA 1). La demandante en este caso es una mujer de Bangladesh, quien originariamente solicitó asilo en Australia, fue detenida en la República de Nauru y posteriormente fue trasladada a Australia en 2014 para recibir tratamiento médico. Ella presentó esta demanda con el fin de evitar su posterior retorno a Nauru. La principal cuestión planteada fue si el gobierno australiano tenía el poder, ya sea en virtud de la ley o como facultad ejecutiva no regulada, para controlar la detención de solicitantes de asilo en el centro de detención offshore de Nauru o celebrar acuerdos en relación con la detención de solicitantes de asilo en dicho centro.

Introducción al régimen de procesamiento offshore de Australia

Desde el 13 de agosto de 2012, cualquier persona que arribe a Australia por mar sin una visa válida puede ser sometida a procesamiento offshore (también llamado procesamiento regional o de un tercer país), incluso si dicha persona solicita asilo inmediatamente después de su llegada a Australia. Según la Ley de Migración de 1958 de 1958 (Cth), todos los solicitantes de asilo que arriben de forma ilegal deben ser detenidos en Australia, para luego ser trasladados lo antes posible a uno de los dos países con capacidad de procesamiento offshore

del Pacífico: la República de Nauru o Papúa Nueva Guinea (PNG).¹

Los solicitantes de asilo sometidos a procesamiento offshore se dividen en dos grupos dependiendo de cuándo llegaron a Australia y los acuerdos que se encontraban vigentes con Nauru y PNG en ese momento. Aquellos que arribaron entre el 13 de agosto de 2012 y el 18 de julio de 2013 conforman un primer grupo; algunos de ellos fueron enviados a centros offshore (en tanto otros permanecieron en Australia) y en algún momento todos fueron enviados a Australia para ser procesados aplicando un nuevo mecanismo de vía rápida con la posibilidad de que se les otorguen visas de protección temporarias si se confirmaba su categoría de refugiados. En octubre de 2016, la gran mayoría de estas personas se encontraban aún esperando en Australia, ya sea viviendo en la comunidad o en situación de detención, para que se resuelva su caso.

Aquellos que arribaron a partir del 19 de julio de 2013 conforman el segundo grupo de personas sujetas a las nuevas políticas bajo las cuales todos los inmigrantes ilegales deben ser enviados fuera del país para procesamiento offshore y no se les debe dar nunca una oportunidad para instalarse en Australia².

Las excepciones a esta política han sido pocas y tuvieron lugar como resultado de las negociaciones políticas del gobierno liberal (bajo el mandato del Primer Ministro Tony Abbot) para obtener los votos necesarios para sancionar la Ley de 2014 de Enmienda a Ley de Migración y Facultades Marítimas (resolutoria de los casos de asilo pendientes) a fines de 2014.³ Por ejemplo,

1 Ley de Migración de 1958 (Cth), artículo 189, 198AD (2). Los términos de los acuerdos de Australia con estos países se estipulan en dos memorandos de entendimiento firmados en agosto de 2013, y éstos reemplazan a los acuerdos previos celebrados con Nauru en agosto de 2012 y con PNG en setiembre de 2012. Todos los acuerdos están disponibles en: <<http://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/bilateral-agreements-offshore-processing>>.

2 El Primer Ministro Kevin Rudd anunció la política el 19 de julio de 2013 junto con el Primer Ministro Peter O'Neill, solo 16 días antes del anuncio de la fecha de elecciones federales. Ver : Kevin Rudd, Peter O'Neill , Transcript of Joint Press Conference Brisbane, 19 de Julio de 2013, <<http://pandora.nla.gov.au/pan/79983/20130731-0937/www.pm.gov.au/press-office/transcript-joint-press-conference-2.html>>; Kevin Rudd, Australian y Papua New Guinea Regional Resettlement Arrangement conferencia de prensa, 19 Julio 2013, <<http://pandora.nla.gov.au/pan/79983/20130731-0937/www.pm.gov.au/press-office/australia-and-papua-new-guinea-regional-settlement-arrangement.html>>

3 Excepciones a la regla de que las personas del segundo grupo debe ser trasladada offshore y no instalarse nunca en

en un acuerdo especial y único de diciembre de 2014, el gobierno australiano aprobó una rara y poco frecuente excepción a esta política para treinta y un niños nacidos en Australia y sus familias, quienes habían sido trasladadas de Nauru a Australia para los nacimientos de los bebés antes del 4 de diciembre de 2014. Todos los hijos nacidos en Australia después de esta fecha de las familias solicitantes de asilo que llegaron a Australia por mar después del 19 de julio de 2013 han estado sujetos a expulsión a centros offshore⁶. Salvo el caso mencionado, no hay otras excepciones para el procesamiento offshore sin restablecimiento en Australia para niños (incluyendo a niños no acompañados), mujeres embarazadas, sobrevivientes de tortura o trauma, personas discapacitadas, ancianos y otros grupos particularmente vulnerables.

Las personas del segundo grupo pueden ser trasladadas a Australia temporalmente en ciertas circunstancias (por ejemplo, para recibir tratamiento médico o para dar a luz a un niño). Son las llamadas personas en tránsito (*transitory persons*), quienes serán enviadas nuevamente offshore tan pronto como se haya resuelto la razón de su traslado a Australia⁵.

Los hechos

La demandante en este caso es una ciudadana de Bangladesh, que se encontraba a bordo de un

barco que fue interceptado en el mar por oficiales australianos el 19 de octubre de 2013. Fue trasladada a la Isla de Navidad⁶ y estuvo detenida allí hasta que fue transferida a Nauru el 22 de enero de 2014. El traslado a Nauru fue realizado por los oficiales australianos sin el consentimiento de la demandante, en conformidad con la ley australiana y el Memorando de entendimiento relativo al traslado y la evaluación de personas en Nauru (en adelante, el MOU) firmado entre Australia y la República de Nauru el 3 de agosto de 2013⁷.

La demandante fue detenida en Nauru, en un centro de procesamiento regional (RPC) en Topside, en un complejo conocido como RPC3, hasta el 2 de agosto de 2014, fecha en que fue trasladada a Australia para recibir tratamiento médico. Allí fue detenida por las siguientes razones:

- sus sucesivas visas, que fueron tramitadas ante las autoridades de aplicación de Nauru por un funcionario australiano, en nombre de la demandante pero sin su consentimiento⁸,

6 La Isla de Navidad es un territorio australiano ubicado en el océano Índico a 1565 kilómetros del territorio continental australiano.

7 El MOU establece que Australia puede transferir y que Nauru aceptará a los solicitantes de asilo que hayan ingresado irregularmente por mar a Australia o hayan sido interceptados por las autoridades australianas en el curso de un viaje para llegar a Australia por medios marítimos ilegales; aquellos que la ley australiana autorice a trasladar a Nauru; y aquellos a los que se les han realizado controles básicos de salud, seguridad e identidad en Australia (artículos 7, 9). Australia acepta asumir todos los costos en los que se incurra en relación con el MOU, y acepta asistir a Nauru para instalar en un tercer país seguro a cualquier persona que se determine que necesita protección internacional y que Nauru no permita que se instale localmente, y para deportar a cualquier persona que se determine que no necesita protección internacional a su país de origen o a otro país al que tengan derecho a ingresar para residir allí (artículos 6, 13, 14). El MOU se encuentra disponible en <<http://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/default/files/australia-nauru-mou-2013.pdf>>

El MOU se sustenta en el Acuerdo Administrativo para Procesamiento Regional en Nauru, firmado por Australia y Nauru el 11 de abril de 2014, que proporciona pautas para el traslado de solicitantes de asilo a Nauru, la administración del centro y los procesos para determinar el carácter de refugiado. Departamento Australiano de Inmigración y Protección de Fronteras, presentación N° 31 al Comité Especial del Senado sobre los reclamos recientes relativos a las condiciones y circunstancias en el Centro de Procesamiento Regional de Nauru, mayo 2015, p. 9 (disponible en <http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Regional_processing_Nauru/Regional_processing_Nauru/Submissions>).

8 El artículo 10 de la Ley de Inmigración de 2014 (Nauru, Immigration Act 2014) dispone que toda persona que no sea ciudadana de Nauru debe tener una visa válida para ingresar o permanecer en Nauru. Según la regla 9 del Reglamento de Inmigración de 2013 (Nauru, Immigration Regulations 2013), vigente en el momento del traslado de la demandante a Nauru, se debió haber presentado una solicitud de visa para un RPC a las autoridades de Nauru antes de que la solicitante de asilo ingresara a Nauru. Las solicitudes de visas para el RPC solo pueden ser presentadas por autoridades de Australia, y serían válidas por un período máximo de tres meses solamente. Las autoridades de Nauru pueden conceder visas subsiguientes

Australia si arribaron a Australia por barco entre el 19 de julio y el 31 de diciembre de 2013 pero que no han aún sido trasladadas offshore y para las familias de 31 niños que nacieron en Australia antes del 4 de diciembre de 2014 porque sus madres habían sido trasladadas de Nauru a Australia. Véase: Scott Morrison, *Reintroducing TPVs to resolve Labor's case of asilo*, *Cambodia* conferencia de prensa, Canberra, 26 Setiembre 2014, <<http://pandora.nla.gov.au/pan/143035/20141222-1032/www.minister.immi.gov.au/media/sm/2014/sm218131.htm>>; Scott Morrison, *Babies born to IMAs transferred from Nauru to remain in Australia* comunicado de prensa media, 18 diciembre 2014, <<http://pandora.nla.gov.au/pan/143035/20141222-1032/www.minister.immi.gov.au/media/sm/2014/sm220187.htm>>; Commonwealth de Australia, *Debates Parlamentarios (Senado)*, 4 Diciembre 2014, p. 10,313 (Glenn Lazarus) <http://parlinfo.aph.gov.au/parlinfo/download/chamber/hansard/s/031d80d7-61ca-407e-9e56-9e2d9d467e42/toc_pdf/Senate_2014_12_04_3109_Official.pdf>.

4 Véase: Stephanie Anderson, *Asylum seeker babies to stay in Australia under Muir deal* News, SBS, 18 diciembre 2014, <<http://www.sbs.com.au/news/article/2014/12/18/asylum-seeker-babies-stay-australia-under-muir-deal>>; Scott Morrison, *Babies born to IMAs transferred from Nauru to remain in Australia* comunicado de prensa, 18 diciembre 2014, <<http://pandora.nla.gov.au/pan/143035/20141222-1032/www.minister.immi.gov.au/media/sm/2014/sm220187.htm>>

5 Según la Ley de Migración, un oficial puede trasladar a una persona en tránsito a Australia desde un país de procesamiento offshore con un propósito temporal, sin embargo dicha persona debe ser trasladada offshore nuevamente lo antes posible una vez resuelta la razón por la que se la trasladó a Australia. Las personas en tránsito no pueden solicitar una visa completa en Australia si no obtienen una autorización escrita del Ministro de Inmigración y Protección de Fronteras; Ley de Migración, arts. 46B, 198(1A), 198AH, 198B.

con la condición de que continuara residiendo en el RPC (Centro de Procesamiento Regional)⁹;

- su condición de persona protegida según la Ley sobre Solicitantes de Asilo (Centro de Procesamiento Regional) de 2012 (Nauru) o Ley del RPC. El artículo 18C de esta ley establece que una persona protegida no debe abandonar o intentar abandonar el Centro sin previa aprobación de un oficial autorizado, un director u otra autoridad. Si se determina que una persona protegida abandonó o intentó abandonar el Centro sin la aprobación requerida, dicha persona habrá cometido un delito y podrá ser sentenciada a un máximo de seis meses de prisión; y
- la regla 3.1.3 del Reglamento del Centro, elaborada en julio de 2014, que establece que los solicitantes de asilo residentes en el RPC no deben abandonar o intentar abandonar el centro sin la previa aprobación de un oficial autorizado, un director u otra autoridad, salvo en el caso de una emergencia o de otra circunstancia extraordinaria¹⁰.

Cuando la demandante fue trasladada a Australia, el 2 de agosto de 2014, estaba embarazada de 20 semanas aproximadamente. Ella había presentado una solicitud ante las autoridades relevantes de Nauru para ser reconocida como refugiada, pero la respuesta a su solicitud se encontraba aún pendiente. En Australia, la demandante se encontraba detenida y dio a luz a una niña en Brisbane el 16 de diciembre de 2014.

En junio de 2015, se informó al Departamento Australiano de Inmigración y Protección de Fronteras (el Departamento) que la demandante se encontraba en buena condición de salud para retornar a Nauru. Antes de dicho retorno, la demandante inició este proceso ante la Suprema Corte de Australia, argumentando que había sido privada de su libertad en el Centro de Nauru (RPC) y que dicha detención había sido acordada y controlada por Australia sin autoridad legal para ello.

El Ministro de Inmigración y Protección de Fronteras (el Ministro) y el Commonwealth de

Australia fueron el primer y el segundo demandado (colectivamente, las partes del Commonwealth). El tercer demandado fue Transfield Services (Australia) Pty Ltd (Transfield)¹¹, una compañía australiana contratada por el gobierno de Australia para proveer servicios de comida y cuidado en el Centro de Nauru RPC desde 2012¹².

La demandante solicitó una orden de prohibición para evitar que el Ministro y otros oficiales australianos tomaran medidas para trasladarla a Nauru si se determinaba que ella sería detenida nuevamente allí. La demandante también solicitó órdenes de restricción al gobierno de Australia para impedir que siguiera realizando pagos a Transfield en virtud del contrato mencionado, así como una declaración que indicara que la participación de las partes del Commonwealth en su detención en Nauru había sido (y también sería en el futuro en caso de repetirse) ilícita según la legislación de Australia. La demandante no solicitó en ningún momento indemnización por encarcelamiento ilegal.

El desarrollo del caso

El desarrollo de este caso fue extraordinario, porque tanto los hechos como la ley en cuestión sufrieron cambios fundamentales en los cinco meses transcurridos entre el momento de presentación de la demanda, mayo de 2015, y el momento en que comenzó el proceso ante la Suprema Corte en octubre de 2015.

La cuestión debatida por la Corte en este caso fue siempre si el gobierno australiano estaba autorizado a contratar y controlar la detención de solicitantes de asilo en el extranjero. Esta autorización podría originarse en un otorgamiento de facultades por ley o en las facultades administrativas no reguladas otorgadas al poder ejecutivo por el artículo 61 de la Constitución. Con el argumento de que no había autoridad legal pertinente, el caso de la demandante se centró originalmente en que las partes del Commonwealth habían excedido el alcance de sus facultades administrativas no reguladas al

para el RPC, también por períodos máximos de tres meses, y siempre a pedido de un funcionario australiano. Por cada visa para un RPC válida por tres meses se cobra un arancel de \$3.000 (Anexo 2, parte 1), que debe ser pagado por Australia toda vez que Nauru reclame su pago (Regla 5(7)). El 30 de enero de 2014, poco después del traslado de la demandante a Nauru, entró en vigencia el Reglamento de Inmigración de 2014 (Nauru, Immigration Regulations 2014), que dispone el otorgamiento de las visas para RPC en los mismos términos.

9 Reglamento de Inmigración de 2013, regla 9(6)(a); Reglamento de Inmigración 2014, regla 9(6)(a).

10 Las Reglas del Centro fueron publicadas en la Revista gubernamental República de Nauru el 16 de julio de 2014, pp. 2-7 (disponible <http://ironlaw.gov.nr/nauru_ipms/files/gazettes/76554e71ea2ca72dc7fc11747ef60d3c.pdf>).

11 Transfield cambió su nombre por Broadspectrum Limited en 2015 después de que Transfield Holdings, la empresa de propiedad de los hijos de su fundador, Franco Belgiorno-Nettis, le retiró los derechos de usar el nombre Transfield alegando la controversia existente sobre los contratos de la compañía en Nauru y en la Isla de Manus: Jenny Wiggins y Michael Smith, Transfield Services cambia la razón social por Broadspectrum a causa de que los fundadores rompen relaciones, Sydney Morning Herald, 25 Setiembre 2015, <<http://www.smh.com.au/business/transfield-services-to-change-name-to-broadspectrum-as-founders-sever-ties-20150924-gjum0b.html>>

12 El departamento rescindió una serie de acuerdos marco y contratos con Transfield a partir de 2012. A los efectos de este caso, solo se cuestionaba el contrato fechado el 24 de marzo de 2014 y los pagos efectuados bajo ese contrato. En ningún momento Nauru fue parte del contrato con Transfield por la prestación de servicios para el Centro RPC. Transfield subcontrató para los servicios de seguridad a otra compañía australiana, Wilson Security Pty Ltd, que no fue parte del proceso judicial.

continuar con la detención de la demandante cuando fue expulsada de Australia y al celebrar un contrato con Transfield y destinar fondos públicos para tal fin.

Primer desarrollo entre la presentación de la demanda y el inicio del proceso: inserción del artículo 198AHA en la Ley de Migración

El 30 de junio de 2015, entró en vigencia la Ley de Enmienda a la Ley de Migración (procesamiento regional) de 2015 (Cth), luego de su aprobación por ambas cámaras del Parlamento en tiempo récord. Esta ley introduce la enmienda 198AHA en la Ley de Migración, con efecto retroactivo al 18 de agosto de 2012. Este nuevo artículo concede facultades ampliadas al gobierno australiano para celebrar un acuerdo con una persona u organización para fines de procesamiento regional y adopción de medidas en relación con dicho procesamiento regional.

La incorporación del artículo 198AHA en la Ley de Migración modificó el foco del caso, que originalmente era si la conducta cuestionada era ilegítima por no estar sustentada en el ejercicio válido de facultades administrativas no reguladas según el artículo 61, para focalizarse principalmente en la interpretación, el alcance y la validez de una nueva disposición legal. De hecho, los jueces por la mayoría, luego de haber llegado a sus respectivas conclusiones sobre el artículo 198AHA, consideraron innecesario abordar por separado la cuestión de las facultades administrativas no reguladas.

Segundo desarrollo entre la presentación de la demanda y el inicio del proceso: centro totalmente abierto

A comienzos de octubre de 2015, inmediatamente antes del comienzo de la audiencia, el gobierno de Nauru anunció que el Centro RPC se convertiría en un centro totalmente abierto para permitir la libertad de circulación de los solicitantes de asilo las 24 horas del día, los 7 días de la semana¹³. Se anuló la norma de Nauru que exigía que los solicitantes de asilo no abandonaran el Centro RPC sin permiso, aunque se mantuvo el requisito de que residan allí¹⁴. El gobierno de Nauru indicó que su intención era modificar la ley para que el Centro RPC se convirtiera en una institución totalmente abierta en las siguientes sesiones parlamentarias¹⁵, pero a la fecha de inicio del proceso esto no había

ocurrido todavía, y continuaba siendo delito que un solicitante de asilo abandonara el Centro RPC sin aprobación de un oficial autorizado, director u otra autoridad¹⁶.

Capacidad jurídica de la demandante

La introducción de este cambio hacia un centro abierto generó nuevas preguntas acerca de la capacidad jurídica de la demandante para plantear la demanda. Desde el comienzo, los países del Commonwealth argumentaron que la demandante no estaba legitimada para objetar su detención pasada, porque cualquier determinación sobre esta cuestión no tendría consecuencias previsibles para ella¹⁷. Unos pocos días antes de la audiencia, cuando se vislumbró que la demandante ya no volvería a ser detenida en el futuro en caso de retornar a Nauru, las partes del Commonwealth realizaron presentaciones suplementarias manteniendo sus posiciones con respecto al reclamo de la demandante sobre la detención pasada y argumentando además que el proceso judicial ya no se justificaba en lo referente a sus reclamos por la posibilidad de ser detenida en el futuro.

Todos los jueces sostuvieron que la demandante sí estaba legitimada para solicitar la declaración de ilegalidad de su detención pasada por las partes del Commonwealth:

- Los jueces franceses Kiefel y Nettle sostuvieron que esto no era una cuestión hipotética ya que determinaría si el Commonwealth tenía la libertad de repetir dicha conducta en el caso de que se reinstalara el mecanismo de detención en Nauru;¹⁸
- El juez Bell también señaló que Nauru podría decidir en cualquier momento volver a aplicar un esquema por el cual todos los solicitantes de asilo enviados por Australia fueran detenidos, y por lo tanto, la declaración reparatoria solicitada por la demandante requería la "resolución de una controversia legal", respecto de la cual la demandante tenía un interés real¹⁹
- El juez Keane determinó que la demandante sostuvo el argumento de que la interferencia con la libertad de una persona es suficiente para legitimar la solicitud de una declaración sobre la legalidad de la medida, incluso sin otras consecuencias legales para el caso; (señalando además que era difícil o observar que lo que realmente estaba en juego es si se podía repetir lo hecho²⁰, y

13 República de Nauru, Boletín Oficial, No. 142, G. N. No. 634/2015, 2 de octubre de 2015, <http://ronlaw.gov.nr/nauru_ipms/files/gazettes/138257d9f8e4223789b5f93e466d76aa.pdf>, p. 1.

14 El 4 de octubre de 2015, el Reglamento de Inmigración (enmienda) No. 3 de 2015 (Nauru) anuló las reglas 9(6)(b) y (c) del Reglamento de Inmigración de 2014, eliminando las condiciones de que el titular de una visa del RPC permanezca en el PRC hasta que se le otorgará un certificado de autorización de salud y seguridad, salvo en caso de emergencia o en circunstancias limitadas con el permiso de un proveedor de servicios.

15 República de Nauru, Boletín Oficial, 2 de octubre de 2015, p. 1.

16 RPC Act, s 18C.

17 Demandante M68, presentaciones del primer y el segundo demandado, realizadas el 18 de septiembre de 2015, <http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/M68-2015/PlfM68-2015_Def1-2.pdf> [26]-[32].

18 Demandante M68, French CJ, Kiefel y Nettle JJ en [23].

19 Demandante M68, Bell J en [64].

20 Demandante M68, Keane J en [235].

- Los jueces Gageler y Gordon desestimaron los argumentos de las partes del Commonwealth de que una declaración de este tipo no tendría consecuencias previsibles para la demandante. El juez Gageler consideró que ella tenía un interés suficiente en el caso y la jueza Gordon concluyó que la declaración se referiría en efecto a una cuestión legal vigente²¹.

Un caso especial

Aunque la Corte emitió varias conclusiones sobre cuestiones de derecho, vale señalar que dichas cuestiones se abordaron en el marco de un caso especial, en el sentido de que las partes plantearon comúnmente una serie de hechos y cuestiones legales establecidas. Las partes no presentaron pruebas iniciales para respaldar sus aseveraciones sobre los hechos ni tuvieron la oportunidad de presentar pruebas o contrainterrogar testigos durante el proceso, y no se le solicitó a la Corte que emita conclusiones fácticas acerca de la naturaleza y el nivel de participación de Australia en la operación del Centro RPC (más allá de lo necesario para dirimir el caso).

La falta de datos hace difícil establecer argumentos sólidos para iniciar una demanda²². Debido al carácter confidencial de los datos y la falta de transparencia en torno al régimen australiano de procesamiento offshore, una evaluación adecuada de las pruebas podría haber sido la única manera de establecer de manera concluyente el nivel de participación de Australia en la detención de solicitantes de asilo y refugiados en centros offshore. A falta de dicha evaluación de pruebas, las declaraciones de la Corte sobre el caso deben comprenderse en el marco de las limitaciones procesales indicadas y pueden no reflejar quién controlaba realmente la detención en tierra en Nauru.

Sentencia: principales argumentos y conclusiones²³

Para que el gobierno de Commonwealth celebre un contrato y destine fondos o detenga a un individuo, debe haber una fuente de autoridad legal. La demandante, habiendo alegado que las partes del Commonwealth gestionaron, ordenaron y controlaron efectivamente su detención en Nauru, sostuvo que esta conducta era ilegal por no estar autorizada por ninguna ley australiana válida ni por un ejercicio válido del poder administrativo no regulado del gobierno en virtud del artículo 61 de la Constitución. Las partes del Commonwealth negaron que la

demandante hubiera estado bajo su custodia durante su detención en Nauru y sostuvieron que en cualquier caso el artículo 198AHA era una norma válida que autorizaba su conducta cuestionada (incluso su participación en la detención pasada de la demandante).

Como argumento inicial, la demandante sostuvo que el artículo 198AHA no confería dicha autoridad porque no era aplicable al MOU en cuestión en términos interpretativos. Los siete jueces denegaron este argumento en forma sumaria refiriéndose a los principios generales de interpretación de la ley y al artículo 2C(1) de la Ley de Interpretación legislativa de 1901(Cth)²⁴.

Alternativamente, la demandante argumentó que este artículo de la ley constituía un ejercicio inválido del poder legislativo por dos razones. En primer lugar, argumentó que no se encontraba dentro de las facultades del poder legislativo federal según lo dispuesto por la Constitución, objetando el argumento sobre el que se basan las partes del Commonwealth: las facultades sobre asuntos de extranjeros (artículo 51(xix)), las facultades sobre asuntos exteriores (artículo 51(xxix)) y/o las facultades sobre las islas del Pacífico (artículo 51(xxx)). Seis jueces (Gordon votó en disidencia) rechazaron este argumento y declararon que el artículo 198AHA es aplicable a los extranjeros. El juez Gageler también señaló que es aplicable a asuntos exteriores.

En segundo lugar, la demandante argumentó que el artículo 198AHA violaba la división constitucional de los poderes, la protección del poder judicial federal y más específicamente, los principios que limitan el poder del ejecutivo para detener a una persona identificados por la Corte Suprema en el caso *Chu Kheng Lim vs. Ministro de Inmigración, Gobierno Local y Asuntos Étnicos* (1992) 176 CLR 1 (Lim). Los principios de *Lim* parten de la premisa general de que los funcionarios públicos no tienen poder para detener a quienes no son ciudadanos, independientemente de que se encuentren en el país legalmente o no, excepto en virtud de alguna autoridad positiva específicamente conferida por la ley. La detención por parte del Estado suele ser de carácter penal o punitivo y, como tal, sólo existe en el marco de la función exclusivamente judicial de juzgar y sancionar la culpabilidad penal²⁵. La detención de quienes no son

21 Demandante M68, Gageler J en [112]; Gordon J en [350].

22 David Hume, *Plaintiff M68-2015 y offshore processing and the limits of Chapter III* AusPubLaw Blog, 26 Febrero 2016, <<https://auspublaw.org/2016/02/plaintiff-m68-2015/>>

23 Las presentaciones, las transcripciones de las audiencias y el fallo completo se encuentran disponibles en el sitio de la Corte Suprema de Australia: <http://www.hcourt.gov.au/cases/case_m68-2015>.

24 Demandante M68, French CJ, Kiefel y Nettle JJ en [43]-[44]; Bell J en [73]-[74]; Gageler J en [177]; Keane J en [246]; Gordon J en [363]-[364].

25 Brennan, Deane and Dawson JJd: «Cuando el Parlamento trata de conferir una autoridad para detener al ejecutivo, la cuestión de si la detención tiene un carácter punitivo (y por tanto es de carácter exclusivamente judicial) será una cuestión de fondo más que de forma. Es decir, una disposición estatutaria que intenta invertir el poder ejecutivo con un poder arbitrario para detener será inválida 'a pesar de que el poder se confirió en términos que buscaban divorciar de esa detención tanto de castigo como de culpabilidad criminal': Lim at [23]

ciudadanos por parte del poder ejecutivo puede constituir una excepción a esta regla general en ciertas circunstancias, incluso cuando su finalidad es expulsar o deportar a las personas o investigar y dirimir reclamos de inmigrantes para su admisión por parte de Australia, y se debe ejercer únicamente en la medida necesaria para alcanzar estos objetivos. La mayor parte de las razones esgrimidas por los jueces se relacionaron con este argumento.

Las distintas conclusiones de los jueces sobre este punto se vieron plasmadas en sus conclusiones respecto del nivel de implicancia de Australia en la anterior detención de la demandante en Nauru. Los jueces franceses Kiefel, Nettle y Keane concluyeron que la demandante había sido detenida por el gobierno de Nauru y no por el gobierno australiano. Dado que los principios de *Lim* sólo se aplican a la detención bajo la custodia del gobierno australiano, estos jueces consideraron que éstos no eran relevantes en este caso. Los jueces determinaron que la participación de Australia en la detención de la demandante era minoritaria y que el artículo 198AHA le confería al gobierno de Australia la autoridad necesaria para dicha actuación. No obstante, señalaron que este artículo no le confiere al gobierno australiano una facultad irrestricta de usar o gastar dinero público en la detención offshore. En cambio, el artículo 198AHA autoriza a las partes del Commonwealth a participar en un régimen de detención offshore únicamente y solo durante el tiempo necesario para tramitar los reclamos de los detenidos.

En sentencias separadas, los jueces Bell y Gageler adoptaron un enfoque diferente. Ambos sostuvieron que la participación de Australia en la detención de la demandante en Nauru había alcanzado el nivel de control necesario para aplicar los límites constitucionales identificados o establecidos en *Lim*. Concluyeron, sin embargo, que dichos límites no se habían violado en este caso. Al llegar a esta conclusión, el juez Gageler reafirmó las argumentaciones precedentes, es decir, que una ley que confiere un poder de detención ejecutivo sólo se podrá considerar no punitiva (y por lo tanto, no ser intrínsecamente judicial) si la duración de la detención reúne dos condiciones: en primer lugar, la detención debe ser razonablemente necesaria y adecuada para cumplir un fin contemplado en la ley que confiere el poder de detención, que debe ser un fin viable y, en segundo lugar, debe poder ser determinada objetivamente por un tribunal en cualquier momento²⁶. Estos jueces consideraron que la detención en Nauru cumplía estas dos condiciones.

La jueza Gordon disintió, considerando que la participación de las partes del Commonwealth en la detención analizada sí había alcanzado el nivel

de control necesario y sí había violado los principios establecidos en *Lim*. Mientras otros jueces se ocuparon de manera relativamente breve de analizar si el artículo 198AHA estaba respaldado en una facultad legislativa conferida por el artículo 51 de la Constitución, por su parte, la jueza Gordon analizó la validez de este artículo en mayor profundidad, teniendo en cuenta a su vez las facultades sobre extranjeros, inmigración, asuntos exteriores y las islas del Pacífico. Enmarcó su análisis en torno al principio de que estos poderes legislativos están limitados por el Capítulo III de la Constitución, lo que significa que no permiten conferir a ningún órgano del gobierno ninguna parte del poder judicial del Commonwealth. La jueza Gordon llegó a la conclusión de que la detención continuada de la demandante en Nauru después de su traslado a ese país había excedido lo razonablemente necesario para deportar a un extranjero de Australia o permitir que se presentara y se abordara una solicitud de permiso de entrada²⁷. Además, reiteró que las partes del Commonwealth no podían hacer en el extranjero aquello que estaban constitucionalmente inhibidos de hacer en Australia, y señaló que el ejecutivo no podía "conferir facultades al Parlamento Australiano" celebrando un acuerdo con un estado extranjero²⁸.

Artículo 61 de la Constitución de Australia y facultades no reguladas

El artículo 61 de la Constitución confiere facultades al poder ejecutivo federal. Estas facultades incluyen las facultades establecidas por ley y las facultades no reguladas otorgadas al ejecutivo, así como otras prerrogativas de la Corona y otras facultades que son necesarios para que el Commonwealth funcione como un Estado nación. El argumento original de la demandante, que mantuvo después de la entrada en vigencia del artículo 198AHA, fue que en ausencia de una facultad legal clara, el artículo 61 de la Constitución no podía autorizar a las partes del Commonwealth a detenerla en Nauru.

Los seis jueces por la mayoría, habiendo concluido que el artículo 198AHA proporcionaba la autoridad legal requerida para legitimar el accionar de las partes del Commonwealth, concluyeron que no era necesario considerar la cuestión hipotética de si, en ausencia de esa autoridad, estas partes habrían estado autorizadas por el artículo 61 o en virtud de una facultad ejecutiva no regulada a participar en la detención de la demandante en Nauru²⁹. Sobre la base de sus conclusiones, la jueza Gordon también determinó que no era necesario evaluar

26 Plaintiff M68, Gageler J en [184].

27 Demandante M68, Gordon J en [376]-[393].

28 Demandante M68, Gordon J en [394]-[396].

29 Demandante M68, French CJ, Kiefel y Nettle JJ en [41]; Bell J en [66]; Gageler J en [187]; Keane J en [265].

por separado las facultades del ejecutivo según el artículo 61 de la Constitución³⁰.

La legislación de Nauru

En caso de ser necesario, dependiendo de la conclusión de los jueces sobre los aspectos antes mencionados, la demandante invitó al tribunal a analizar si su detención había sido legal según la legislación de Nauru y, en particular, si las leyes pertinentes eran válidas a la luz del artículo 5(1) de la Constitución de Nauru (que establece que ninguna persona debe ser privada de su libertad personal, salvo en los casos excepcionales que la ley autorice expresamente)³¹. La demandante sostuvo que era necesario analizar esta cuestión porque la principal argumentación de las partes del Commonwealth para todos sus reclamos era que su detención había sido conforme a derecho y de acuerdo a lo requerido por las leyes de Nauru³². También argumentó como cuestión interpretativa que no se debería interpretar que la facultad conferida a las partes del Commonwealth por el artículo 198AHA es aplicable a detenciones que son ilícitas según la ley del país donde tienen lugar³³.

La Corte se mostró renuente a pronunciarse sobre la validez constitucional de una ley de otro país. Sobre la base de sus conclusiones anteriores y del caso presentado, los jueces franceses Kiefel, Nettle y Bell concluyeron que no era necesario formular tal pronunciamiento³⁴. Gageler se limitó a señalar que la validez constitucional de las leyes pertinentes era "controversial"³⁵. La jueza Gordon insistió en que el procedimiento debía referirse únicamente a la conducta de las partes del Commonwealth y que no era "ni pertinente ni apropiado que la Corte se expida sobre lo que el Gobierno de Nauru ha hecho o se propone hacer"³⁶. El juez Keane argumentó con mayor profundidad, respaldándose en la cortesía internacional y las normas judiciales, así como en un análisis textual del artículo 198AHA, su conclusión de que el resultado del caso no se basaba en ninguna apreciación sobre la validez de la legislación de Nauru y que la Corte no tenía por qué analizar la legislación de Nauru³⁷.

Desarrollos posteriores y campaña pública #LetThemStay

Este caso se vinculó con una serie de demandas presentadas en nombre de 267 personas, muchas de las cuales habían sido trasladadas a Australia desde centros de detención offshore para tratamiento médico urgente. Este grupo incluía a 37 bebés nacidos en Australia. A pesar de la sentencia de la Corte, a muchas de estas personas se les permitió posteriormente permanecer en Australia, viviendo libremente en la comunidad de manera temporaria (a discreción del Ministro)³⁸. Se cree que esto fue resultado de la campaña pública #LetThemStay que se lanzó después de que se emitiera la sentencia analizada en febrero de 2016. Como parte de esta campaña, líderes de la iglesia dieron el extraordinario paso de ofrecerles un "santuario" a las personas que enfrentaban riesgo de deportación, hubo autoridades de gobierno que manifestaron su apoyo públicamente para permitir que el grupo se instalara en la comunidad australiana, y la Organización de las Naciones Unidas advirtió al gobierno australiano que deportar al grupo podría constituir una violación a las obligaciones de Australia en virtud del derecho internacional³⁹.

A octubre de 2016, todavía no está claro dónde se instalará eventualmente a las personas que recibían la categoría de refugiadas en Nauru (y en la Isla Manus en PNG).

Madeline Gleeson es abogada e investigadora asociada en el Centro Andrew y Renata Kaldor de Derecho Internacional sobre Refugiados de la Universidad de Nueva Gales del Sur, Australia. El área de investigación de Madeline incluye responsabilidad estatal, obligaciones de derechos humanos extraterritoriales, procesamiento offshore y protección de los derechos de los niños.

La autora agradece a Dra Briony Horsfall por su colaboración en la preparación de esta publicación sobre el caso.

*Se puede consultar una versión ampliada de este trabajo en:

<http://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/plaintiff-m682015-v-minister-immigration-and-border-protection-ors-2016-hca-1>

30 Demandante M68, Gordon J en [368]-[373].

31 Ver: *Namah v Pato* [2016] PGSC 13; SC1497 (26 Abril 2016) <<http://www.pacilii.org/pg/cases/PGSC/2016/13.html>>.

32 Demandante M68, transcript of proceedings, 7 Octubre 2015, [2015] HCATrans 255 en [1565] (Merkel QC).

33 Demandante M68, presentaciones revisadas de la demandante, realizadas el 23 de septiembre de 2015, <http://www.hcourt.gov.au/assets/cases/M68-2015/PlfM68-2015_Plf-Amend.pdf> [97]; Demandante M68, French CJ, Kiefel y Nettle JJ en [47].

34 Demandante M68, French CJ, Kiefel and Nettle JJ en [47]-[52]; Bell J en [102].

35 Demandante M68, Gageler J en [106].

36 Demandante M68, Gordon J en [276]. Ver también [413]-[414].

37 Demandante M68, Keane J en [248]-[258]. Ver también French CJ, Kiefel y Nettle JJ en [52].

38 Thomas Oriti, *Let Them Stay* labelled a success, more than half of 267 asylum seekers in community detention, AM, ABC, 2 Abril 2016, <<http://www.abc.net.au/news/2016-04-02/let-them-stay-labelled-success-asylum-seeker-community-detention/7294456>>

39 UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Best interests of the child must come first*, UN child rights committee reminds Australia, 3 de febrero de 2016: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17008&LangID=E>>; Oficina del Alto Comisionado de NU UN, *Comment by the Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights, Rupert Colville, on the possible transfer of 267 people from Australia to Nauru*, 3 de febrero de 2016, <<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17024&LangID=E>>

El fracaso de Méjico en la Protección de los Niños Refugiados en América Central Michael Garcia Bochenek



Decenas de miles de niños huyen del "Triángulo del Norte" de América Central: El Salvador, Guatemala y Honduras cada año con sus familias. Algunos abandonan sus hogares porque son obligados a participar en las pandillas, amenazados por la violencia y la explotación, objeto de extorsión o de otros tipos de daños.

La ley mejicana proporciona protección a los niños refugiados y también a los adultos ante la persecución y otros atentados a sus vidas y su seguridad en sus países de origen. Aun así, solo el 1 por ciento de los niños aprehendidos por las autoridades de inmigración mejicanas son reconocidos como refugiados.

Este artículo examina las razones de este abismo entre la necesidad de protección de los niños y los bajos índices de reconocimiento del Estado Mejicano de la condición de refugiado y concluye con propuestas específicas que Méjico debe implementar para solucionar este problema.

¿Por qué huyen los niños en América Central?

-Yo dejé Honduras porque tenía problemas con la pandilla. Ellos me buscaban para que me uniera a la pandilla y yo no quería hacerlo, entonces tuve que huir. Edgar V. (no es su nombre real) contó una realidad que es típica para los niños de América Central y que genera su huida hacia Méjico. La intimidación que sufría Edgar en la escuela era intensa y poco después, cuando uno de sus compañeros de clase fue asesinado por vestir una remera con un color asociado al de una pandilla rival, Edgar dejó de esperar. Aunque trataba de no captar la atención de la pandilla, la misma continuó presionándolo para unirse a sus filas. "Ellos iban a mi casa y me decían, 'Únete a la pandilla. Ellos me golpeaban y me tiraban al suelo. Luego trataron de matar a mi madre y a mí'".

Su madre lo llevó a la comisaría para hacer la denuncia y él se escondió por un tiempo en un

refugio dirigido por misioneros. "Yo estuve dos meses y 21 días allí", relató Edgar. "Necesitaba estar en ese lugar para protegerme, porque ellos [la pandilla] me perseguían. Pero sentía que si permanecía allí mi vida entera, entonces perdería el resto de mi adolescencia. No podía. Estaba creciendo y no aprendía nada. Me dije a mí mismo, yo no puedo seguir haciendo esto, yo tengo que salir."

Partió entonces hacia el Estado Mejicano de Oaxaca, aunque fue aprehendido en el control de inmigración. "Le dije al oficial de inmigración que no podía regresar a mi país", relata Edgar, mostrándole una copia de la denuncia que él mismo y su madre habían efectuado en la comisaría. Entonces ellos dijeron, "¿Tú puedes solicitar un asilo?" Yo dije que sí, pero todavía estaba en estado de shock y ellos decían que pasaría un largo tiempo hasta lograrlo. No podía hacerme cargo de lo que sucedía. Me planteaban que estaría detenido entre dos y seis meses, antes de obtener una respuesta a la solicitud de asilo. En lugar de ello, Edgar aceptó ser deportado a Honduras.¹

La violencia de las pandillas en la región no es nada nuevo: ha invadido El Salvador, Guatemala, y Honduras por más de una década.² Los gobiernos de cada uno de estos países han desarrollado estrategias de control de las pandillas que resultan inadecuadas e insuficientes. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) observó en su informe de octubre de 2015 que "en gran parte del territorio del Salvador, Guatemala, y Honduras la violencia ha superado la capacidad de los gobiernos para proteger y compensar a las víctimas."³

Es bien conocido por aquellos que trabajan en estos temas, que en estos tres países son los niños el objetivo principal de las pandillas. En Honduras, por ejemplo, 570 niños menores de 18 años fueron asesinados en 2015, víctimas de la violencia de las pandillas.⁴

1 Entrevista sobre la Mirada desde los Derechos Humanos, San Pedro Sula, Honduras, Junio 8, 2015.

2 Ver: Ana Arana, "How the Street Gangs Took Central America," Asuntos exteriores, Mayo/Junio 2005, <https://www.foreignaffairs.com/articles/central-america-caribbean/2005-05-01/how-street-gangs-took-central-america> (disponible Setiembre 27, 2016).

3 Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados (UNHCR), "Women on the Run: First-Hand Accounts of Refugees Fleeing El Salvador, Guatemala, Honduras, and Mexico" (Washington, D.C.: UNHCR, 2015), p. 2.

4 "Más de mil niños murieron violentamente en Honduras en 2015," La Prensa (San Pedro Sula), Agosto 10, 2016, <http://www.laprensa.hn/honduras/988443-410/m%C3%A1s-de-mil-ni%C3%B1os-murieron-violentemente-en-honduras-en-2015> (disponible Setiembre 27, 2016).

Es común escuchar informes de niños de 13 años de edad o aún más jóvenes con disparos en la cabeza, con sus gargantas cortadas o que fueron torturados y asesinados.⁵

Esta preocupación no fue visibilizada en forma significativa sino hasta el año 2014, cuando un número record de niños no acompañados y de familias del Triángulo del Norte arribaron a los Estados Unidos, en lo que se denominó la Oleada⁶. Los Estados Unidos en respuesta, aumentaron la ayuda económica para la inmigración en México aunque sin ningún esfuerzo real desplegado para fortalecer el sistema de protección de los refugiados provenientes de México. A pesar de los intentos del gobierno de los Estados Unidos para comprometer a México en la detención del flujo de migrantes provenientes de América Central, el arribo de niños no acompañados a Estados Unidos desde América Central creció hacia finales de 2015 y continuó este crecimiento durante el año 2016.⁷

Los políticos de Estados Unidos frecuentemente se han referido a los niños y adultos de América Central que viajan hacia y a través de México como migrantes ilegales,⁸ pero este término peyorativo resulta desacertado para reconocer las serias necesidades de protección que llevaron a muchos de ellos a abandonar sus casas en busca de seguridad.

Según estimaciones del ACNUR, cerca de la mitad de los niños que viajan desde América Central hacia México cada año están huyendo de

situaciones de maltrato, pensando que tienen un plausible reclamo de protección internacional.⁹

Así como lo hizo Edgar, muchos de los niños con quienes conversamos durante los años de la investigación realizada desde la perspectiva de los derechos humanos nos dijeron que ellos huían para escapar de la violencia y de la profunda inseguridad. Escuche en los relatos de los niños, que ellos buscaban seguridad, con o sin sus padres u otros miembros de la familia ante las presiones de las que eran víctimas para que se unieran a las pandillas locales, sufriendo maltrato, violencia sexual, explotación, extorsión y también violencia doméstica. En algunas instancias, los niños huían luego de la muerte de sus abuelos o de otros cuidadores ancianos o porque temían que nadie los podría cuidar en sus países de origen cuando sus parientes fallecieran.¹⁰

Las autoridades de inmigración mejicanas aprehendieron a más de 20.000 niños no acompañados provenientes de los tres países del Triángulo del Norte en el año 2015 y a 7.800 niños en la primera parte del año 2016.¹¹

El ACNUR estima que cada año, alrededor de 10.000 niños no acompañados solicitan asilo. Pero la agencia de refugiados de México, la Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados (COMAR), reconocieron que sólo 44 niños no acompañados fueron acogidos como refugiados en el año 2015 y 48 niños en la primer mitad del año 2016.¹² De acuerdo a estos datos los niños reconocidos como refugiados representarían en cada uno de los años mencionados, solo el uno por ciento de los niños no acompañados que fueron detenidos.¹³

La Protección de los Refugiados de acuerdo al Derecho Internacional

Según la ley mejicana, el Estado ofrece protección a los refugiados siguiendo los criterios fijados por la Convención sobre Refugiados de 1951 y el Protocolo para Refugiados de 1967.¹⁴

5 Oscar Martínez, "Why the Children Fleeing Central America Will Not Stop Coming," Nation, July 30, 2014, <https://www.thenation.com/article/why-children-fleeing-central-america-will-not-stop-coming/> (disponible Setiembre 27, 2016).

6 Véase, por ejemplo, Ian Gordon, "70,000 Kids Will Show Up Alone at Our Border This Year. What Happens to Them?" Mother Jones, Julio/Agosto 2014, <http://www.motherjones.com/politics/2014/06/child-migrants-surge-unaccompanied-central-america> (disponible Setiembre 27, 2016).

7 Véase, Jerry Markon and Joshua Parlow, "Unaccompanied Children Crossing Southern Border in Greater Numbers Again, Raising Fears of New Migrant Crisis," Washington Post, Diciembre 16, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/federal-eye/wp/2015/12/16/unaccompanied-children-crossing-southern-border-in-greater-numbers-again-raising-fears-of-new-migrant-crisis/> (disponible Setiembre 27, 2016); David Nakamura, "Flow of Central Americans to U.S. Surging, Expected to Exceed 2014 Numbers," Washington Post, Setiembre 22, 2016, https://www.washingtonpost.com/politics/flow-of-central-americans-to-us-surging-expected-to-exceed-2014-numbers/2016/09/22/ee127578-80da-11e6-8327-f141a7beb626_story.html (accessed September 27, 2016).

8 Véase, por ejemplo, US Department of Homeland Security, Statement by Secretary Jeh Johnson about the Situation along the Southwest Border, Setiembre 8, 2014, <http://www.dhs.gov/news/2014/09/08/statement-secretary-johnson-about-situation-along-southwestborder> (disponible Setiembre 27, 2016).

9 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Arrancados de raíz (Ciudad de México: Oficina de ACNUR en México, 2014), p. 12.

10 Véase: "Human Rights Watch, Closed Doors: Mexico's Failure to Protect Central American Refugee and Migrant Children" (New York: Human Rights Watch, 2016).

11 Ver Secretaría de Gobernación (SEGOB), Boletines estadísticos 2015, 2016, http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletines_Estadisticos (disponible Setiembre 27, 2016).

12 SEGOB, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), Estadísticas 2015, 2016, http://www.comar.gob.mx/work/models/COMAR/Resource/267/6/images/ESTADISTICAS_2013_A_06-2016_act.pdf (disponible Setiembre 27, 2016).

13 Para un análisis completo, véase Human Rights Watch, Closed Doors, pp. 141-150.

14 Comparación Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político [Law on Refugees, Complementary Protection, and Political Asylum], art. 13(I), Diario Oficial de la Federación, Enero 27, 2011, modificada, Diario Oficial de la Federación, Octubre 30, 2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRPCAP_30101_4.pdf (disponible Setiembre 27, 2016), con la Convención sobre la Condición de los Refugiados, art. 1(A)(2), Julio 28,

Además, la mencionada ley reconoce la condición de refugiado a quienes huyeron de sus países de origen ante el riesgo para su vida, su seguridad o su libertad por la violencia generalizada, la agresión exterior, el conflicto interno, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que afectan seriamente el orden público.¹⁵ Estas razones fueron identificadas en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en el año 1984.¹⁶ La ley mejicana brinda la posibilidad de una protección complementaria en situaciones en las que una persona se encuentra en riesgo de ser víctima de torturas, malos tratos o peligro para su vida, aunque no cumpla los requisitos para calificar como refugiada.¹⁷ La ley mejicana específicamente prohíbe el retorno de los niños menores de 18 años a sus países de origen, cuando exista riesgo para sus vidas, su seguridad o libertad por ser víctimas de persecución, torturas y otros malos tratos, violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos.¹⁸

Los estándares internacionales imponen una escucha justa de cada reclamo de reconocimiento de la condición de refugiado.¹⁹ Resolver los reclamos de los niños requiere valorar cada caso de acuerdo a referencias fundadas en la protección internacional de los refugiados o incluyendo en el contexto de América Central una especial consideración hacia la circunstancia que los niños son el objetivo principal de las pandillas.²⁰ Los niños no acompañados y separados de su familia deben ser representados legalmente y recibir asistencia para realizar su

reclamo de reconocimiento de su condición de refugiado.²¹

Los niños nunca deben ser detenidos como medida de control migratorio; los estándares internacionales imponen a los Estados reaccionar completamente y en forma inmediata la detención de niños basada en su condición migratoria.²² Esto no significa que México deba dejar vagar sin rumbo a estos niños por el país sino que importa la obligación del Estado de proporcionarles el cuidado y la protección adecuada.²³

En los papeles, la ley mejicana y el procedimiento receptan los estándares internacionales en muchos aspectos. Cuando los agentes del Instituto Nacional de Migración (INM) y los agentes de migraciones se reúnen con los niños, los oficiales de protección del INM deberían analizar sus necesidades.²⁴ Mientras la ley mejicana de inmigración requiere la detención en el caso de los adultos migrantes indocumentados,²⁵ respecto a los niños establece que deben ser trasladados a albergues del sistema de protección de niños, en el marco del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).²⁶

Además, bajo la ley mejicana, cualquier organismo oficial que reciba una solicitud verbal o escrito de asilo de un migrante de cualquier edad debe aplicar en la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR).²⁷ Los niños y los adultos

1951, 189 U.N.T.S. 150 (entrada en vigencia Abril, 1954); Protocolo relativo a la condición de los Refugiados, art. I(2), Enero 31, 1967, 606 U.N.T.S. 267 (entrada en vigencia Octubre 4, 1967).

15 Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo, art. 13(II).

16 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el Coloquio Internacional sobre Protección de Refugiados, América Central, México y Panamá, celebrado en Cartagena, Colombia, Noviembre 19-22, 1984, concl. 3, https://www.oas.org/dil/1984_Cartagena_Declaration_on_Refugees.pdf (disponible Setiembre 27, 2016).

17 Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo, art. 28.

18 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes [General Law on the Rights of Girls, Boys, and Adolescents], art. 96, Diario Oficial de la Federación, Diciembre 4, 2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_041214.pdf (disponible Setiembre 27, 2016).

19 Véase, por ejemplo, Programa del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado, Conclusión General sobre Protección Internacional No. 81 (XLVIII), 1997, para. (h); Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6: Tratamiento de Niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Documento de Naciones Unidas CRC/GC/2005/6 (Setiembre 1, 2005), para. 66-73.

20 ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: Reclamo de Asilo del Niño conf. artículos 1(A)(2) y 1(F) de la Convención de 1951 Convención y/o el Protocolo relativo a la condición de los Refugiados de 1967 [Directrices sobre el reclamo de asilo de niños], Documento de Naciones Unidas. HCR/GIP/09/08 (Diciembre 22, 2009), para. 3; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6, para. 74.

21 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6, para. 21, 33-34, 36; ACMUR, Directrices sobre la Detención: Directrices sobre los Criterios de Aplicación y Estándares relativos a la detención de los solicitantes de asilo y alternativas a la detención (ACNUR) (2012), para. 56; ACNUR Directrices sobre el reclamo de asilo de los niños, para. 69.

22 Comité sobre los Derechos del Niño, Informe (2012) del Día de Discusión General: los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional (2012), para. 78. Ver también Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 6, para. 61; ACNUR, Directrices sobre detención, para. 51; Derechos y Garantías de los niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de agosto 19, 2014 (CIDH), para. 154-60.

23 Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 20(1), 22(1), adoptada en Noviembre 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3 (entró en vigencia en Setiembre 2, 1990).

24 Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria [Regulations for the Law on Refugees and Complementary Protection], art. 16(I), Diario Oficial de la Federación, Febrero 23, 2012, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LRPC.pdf (disponible Setiembre 27, 2016).

25 Ley de Inmigración, art. 3(XX).

26 Ibid., art. 112(I); Reglamento de la Ley de Migración [Regulations for the Immigration Law], art. 175, Diario Oficial de la Federación, Setiembre 28, 2012, modificada, Diario Oficial de la Federación, Mayo 23, 2014. Sin embargo, la ley de inmigración sobre niños no acompañados y separados de su familia la permanencia en los centros de detención en circunstancias excepcionales, o cuando los hogares DIF no tienen vacantes o si no pueden proveer de una atención apropiada a un niño en particular. Regulación de la ley de migración, art. 112(I).

27 Ley de Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, art. 21.

que no son aprendidos por los agentes del INM, son enviados para su reconocimiento como refugiados directamente a la COMAR donde usualmente no son detenidos mientras se trata su aplicación.²⁸ Los niños no acompañados, los niños y adultos que aplican para ser reconocidos como refugiados y los migrantes de cualquier edad que son víctimas de serios crímenes en México pueden aplicar en el INM para una visa humanitaria, con la que pueden vivir y trabajar en México por un año, que puede ser renovada indefinidamente.²⁹

Barreras en la Práctica

Mi investigación desde una perspectiva de derechos humanos halló amplias discrepancias entre la ley mejicana y la forma en que es aplicada. Los niños que podrían presentar una solicitud para ser reconocidos como refugiados, encuentran numerosos obstáculos desde el momento en que son tomados en custodia por el INM. Un oficial del ACNUR expresó que el mayor problema en México no es el proceso de asilo en sí mismo sino el acceso al procedimiento.³⁰

Una de las barreras es la falta de provisión de información por parte de los agentes del INM hacia los niños migrantes sobre su derecho a ser reconocidos como refugiados. Un estudio de ACNUR de 2014 dice que dos tercios de los niños indocumentados de América Central en México no son informados sobre sus derechos por los agentes del INM.³¹ Similares conclusiones arrojan las entrevistas realizadas a los niños³² y las investigaciones con grupos que trabajan con los solicitantes de asilo y migrantes, incluidos el Centro de Derechos Humanos Fray Matías La 720 y Sin Fronteras.³³ Los agentes del INM no

brindan a los niños información sobre las visas humanitarias a las que podrían acceder de acuerdo a la ley mejicana.³⁴ Los niños no acompañados raramente tienen contacto con los oficiales de protección del INM de acuerdo a lo confirmado en las entrevistas realizadas y en el informe que realizó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en octubre de 2016.³⁵

Otro obstáculo consiste en que las autoridades gubernamentales no tienen como regla señalar que existen reclamos viables para refugiados. Los agentes del INM, incluidos los oficiales de protección de niños, raramente preguntan a los niños sobre sus razones para migrar.³⁶ Una adecuada intervención podría detectar que muchos de ellos tienen un válido reclamo para obtener su reconocimiento como refugiados.

El tercer obstáculo es la ausencia de asistencia legal o de otro tipo de asistencia para los niños que aplican para ser reconocidos como refugiados, a menos que consigan ser representados por una de las organizaciones no gubernamentales que proveen asistencia a los solicitantes de asilo.³⁷ El proceso para determinar las aplicaciones no está especialmente diseñado para los niños y en consecuencia es frecuentemente confuso para ellos.³⁸

Un cuarto obstáculo, quizás el más desalentador, es la práctica de mantener a todos los niños

28 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Derechos Humanos de los Migrantes: otras personas en el contexto de la movilidad humana en México" OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/13 (2013), para. 537, <http://www.oas.org/en/iachr/migrants/docs/pdf/Report-Migrants-Mexico-2013.pdf> (disponible Setiembre 27, 2016).

29 Ley de Inmigración, art. 52(V); Regulaciones de la ley de Inmigración, art. 137.

30 Perspectiva de Derechos Humanos, reportaje oficial ACNUR de la oficina regional de América Central, México y Cuba, ACNUR, Tegucigalpa, Honduras, Mayo 14, 2015.

31 ACNUR, Arrancados de raíz, pp. 14, 61.

32 Véase Perspectiva de Derechos Humanos, "Closed Doors" pp. 53-56.

33 Ver por ejemplo, José Knippen, Clay Boggs, y Maureen Meyer, Un camino incierto: Justicia para delitos y violaciones a los derechos humanos contra personas migrantes y refugiadas en México (Ciudad de México: Casa del Migrante de Saltillo "Frontera con Justicia", AC, y al., Noviembre 2015), p. 31; Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, AC, "Tapachula, Chiapas: La experiencia de detención en la frontera sur mexicana," in Joselin Barja Coria, Derechos cautivos: La situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional en los centros de detención migratoria: Siete experiencias de monitoreo desde la sociedad civil (México, DF: Frontera con Justicia AC et al., 2015), p. 61; Sin Fronteras, "Oaxaca de Juárez, San Pedro Tapanatepec, La Ventosa, y Salina Cruz: La experiencia de detención en el Pacífico," in Joselin Barja Coria, Derechos cautivos, p. 73; Sin Fronteras, "Distrito Federal: La experiencia de detención en la zona metropolitana del Valle de México," in Joselin Barja Coria, Derechos cautivos, p. 89; Comisión Interamericana de

Derechos Humanos "Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico" para. 520, 535. Ver también i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos A.C., En tierra de nadie: El laberinto de la impunidad: Violaciones de los derechos humanos de las personas migrantes en la región del Soconusco (Ciudad de México: i(dh)eas, 2011), p. 39 (encontraron que el 95 por ciento de los migrantes detenidos en el centro de detención reportaron que el INM no les informó en forma escrita y con un lenguaje que pudieran comprender sobre su derecho a comunicarse con una persona de su confianza o su representante legal; Insyde, Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración, pp. 337-40. Instituto De Derechos Humanos Georgetown Proyecto de Investigación "The Cost of Stemming the Tide: How Immigration Enforcement Practices in Southern Mexico Limit Migrant Children's Access to International Protection" (Washington, DC: Georgetown Law Human Rights Institute, 2015), p. 48.

34 Véase Perspectiva de Derechos Humanos, "Closed Doors" p. 76.

35 Véase ibid., p. 54; Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Informe sobre la problemática de niñas, niños y adolescentes centroamericanos en contexto de migración internacional no acompañados en su tránsito por México, y con necesidades de protección internacional (Ciudad de México: CNDH, October 2016), para. 152.

36 Véase Perspectiva de Derechos Humanos, "Closed Doors" pp. 49-53.

37 Pablo Ceriani Cernadas, ed., Niñez detenida: Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala: Diagnóstico y propuestas para pasar del control migratorio a la protección integral de la niñez (Tapachula, Chiapas, Mexico, and Lanús, Provincia de Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Lanús and Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, 2012), p. 16.

38 Véase Perspectiva de Derechos Humanos, "Closed Doors" pp. 71-73.

migrantes en condiciones similares a las del encarcelamiento. La ley mejicana establece que los niños migrantes deben ser mantenidos bajo la custodia del DIF y solo pueden ser detenidos en circunstancias excepcionales,³⁹ sin embargo según las entrevistas mantenidas, las pruebas obtenidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las organizaciones no gubernamentales, la detención de niños migrantes es la regla.⁴⁰ Más de 35.000 niños fueron detenidos por razones de inmigración en centros de detención en 2015; siendo más de la mitad de los niños no acompañados ingresados al país.⁴¹

Incluso aquellos niños que tuvieron la suerte de ser entregados por agentes del INM a los refugios del DIF sufrieron una forma de detención. Los niños en la mayoría de los refugios del DIF no asisten a las escuelas locales, no son llevados a visitas supervisadas a parques de recreo locales o iglesias, y no tienen otras interacciones con la comunidad. A menos que necesiten atención médica especializada, permanecen dentro de las cuatro paredes del refugio las 24 horas al día, siete días a la semana, durante toda su permanencia en el refugio.

La detención-nunca apropiada para los niños- es particularmente problemática para aquellos que quieren solicitar el reconocimiento como refugiados. Los niños informan que los agentes del INM les dicen que la mera solicitud de reconocimiento generará una detención

prolongada, ya sea en las instalaciones administradas por el INM o en la detención en los refugios DIF, mientras se consideran sus solicitudes. He escuchado de niños y padres que decidieron no aplicar o que retiraron las solicitudes porque no querían permanecer encerrados. Algunos niños permanecieron en los centros de detención de inmigrantes por un mes o más y los que ejercen su derecho a apelar decisiones adversas sobre sus solicitudes de reconocimiento de refugiado podrían permanecer en centros de detención de inmigración durante seis meses o más.

Estas prácticas constituyen graves obstáculos para los niños que presentaron solicitudes de reconocimiento de refugiados. Cuando la presión indirecta sobre los individuos es tan intensa que les lleva a creer que no tienen acceso al proceso de asilo y no hay opción práctica sino regresar a países donde corren serios riesgos de persecución o amenazas a su vida y seguridad, estos factores en combinación pueden constituir una violación del derecho internacional.⁴²

Además, en los casos en que los niños han sido víctimas de las pandillas o temen razonablemente que sufrirán violencia u otros abusos contra los derechos humanos en sus países de origen, su regreso no protege ciertamente su interés. Lo mismo sucede cuando los miembros de la familia en sus países de origen son incapaces o no quieren cuidar a los niños. El regreso de los niños a sus países de origen en estas circunstancias viola las obligaciones de Méjico de proteger a los

39 Ley de Inmigración, art. 112(I); Regulaciones de la ley de Inmigración, arts. 175-76.

40 Véase Perspectiva de Derechos Humanos, *“Closed Doors”* pp. 81-91; Comisión Interamericana de Derechos Humanos *“Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility in Mexico”* para. 569; Joselin Barja Coria, *Derechos cautivos*, p. 27; Aldo Ledón Pereyra y al., *“Mexico: Southern Border”* en Karen Musalo, Lisa Frydman, y Pablo Ceriani Cernadas, eds., *“Childhood and Migration in Central and North America: Causes, Policies, Practices and Challenges”* (San Francisco y Buenos Aires: Centro de Estudios sobre Género y Refugiados, Universidad de California y Universidad Nacional de Lanús, 2015), p.

41 SEGOB, Boletín estadístico 2015, Tabla 3.1.5. Ver también Perspectiva de Derechos Humanos, *“Closed Doors”* p. 144.

42 Los refugios DIF son lugares de detención tal como se Internacionales: Principios y prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 26, 131st sess., Marzo 3-14, 2008, <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/principlesdeprived.asp> (disponible Setiembre 27, 2016); ACNUR Detención Directrices, para. 5; Asamblea General de NU, Reglas de las NU para la protección de niños privados de su libertad, U.N. Doc. A/RES/45/113 (1990), para. 11(b).

43 Véase Human Rights Watch, *Closed Doors*, pp. 91-93.

44 Véase *ibid.*, pp. 61-64. Ver también ACNUR, *Arrancados de raíz*, p. 18; Georgetown Law Human Rights Institute Fact-Finding Project, *The Cost of Stemming the Tide*, pp. 35-37; Michael Garcia Bochenek, *“How Immigration Detention and Procedural Shortcomings Undermine Children’s Right to Seek Asylum”*, *Birkbeck Law Review*, vol. 3 (2015), pp. 258-77.

45 Véase Human Rights Watch, *Closed Doors*, pp. 90-91, 84; Georgetown Law Human Rights Institute Fact-Finding Project, *The Cost of Stemming the Tide*, pp. 29-30; Aldo Ledón Pereyra et al., *“Mexico: Southern Border”* en *Childhood, Migration, and Human Rights*, p. 238.

46 La prohibición de *refoulement* barreras constructivas, así como acción estatal directa que resulta en el retorno de un individuo al riesgo. Como un resultado, los estados no pueden forzar indirectamente a las personas en los que es probable que se enfrenten a persecución o amenazas a sus vidas y su seguridad. Véase, por ejemplo, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 50012/08 (Eur. Ct. H.R. Grand Chamber Enero 21, 2011), paras. 286, 347 (*refoulement*); UNGA, Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, 52d sess., Note on International Protection, U.N. Doc. A/AC.96/951 (Setiembre 13, 2001), para. 16*q* (Observando que “la deber de no *refoule*. Abarca cualquier medida imputable a un Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de los territorios donde su vida o la libertad estarían amenazadas, o donde él o ella persecución de riesgo”, incluyendo “*refoulement* indirecto”) <http://www.unhcr.org/excom/excomrep/3bb1c6cc4/note-international-protection.html> (disponible Setiembre 27, 2016); James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 318.

47 Véase Advisory Opinion OC-21/14, para. 242 (interés superior); Comité de los Derechos del Niño, Observación General General No. 6, para. 84. Véase también Comité de los Derechos del Niño- Observaciones finales México, U.N. Doc. CRC/C/MEX/CO/4-5 (Julio 3, 2015), para. 60(c) (interés superior y deportación); Comité sobre la protección de todos los trabajadores inmigrantes y miembros de sus familias, Observaciones finales: México, U.N. Doc. CMW/C/MEX/CO/2 (Mayo 3, 2011), para. 56(e) (same). Véase Alice Farmer, *“A Commentary on the Committee of the Rights of the Child’s Definition of Non-Refoulement for Children: Broad Protection for Fundamental Rights”*, *Fordham Law Review*, vol. 80 (2011), pp. 39-48.

niños y asegurar que sus acciones son resguarden su interés superior.

Pasos positivos

Vi algunas buenas prácticas de funcionarios mexicanos. En el norte de México, los niños no acompañados parecían alojarse de forma rápida y rutinaria en refugios administrados por el DIF, en lugar de en centros de detención administrados por el INM. Los funcionarios del DIF en cada parte de México que visité mostraron una comprensión de la ley mexicana sobre los derechos de los niños, y me enteré de casos en los que habían identificado a niños con posibles necesidades de protección internacional al COMAR. Oí otros relatos individuales de experiencias positivas con otros funcionarios mexicanos -de un oficial de policía que llevó a una familia a un refugio de migrantes, otro que ayudó a un niño de 15 años que había sido abandonado por el guía al que había pagado para llevarlo México, y de un agente del INM que detalladamente aconsejó a un niño de 17 años sobre su derecho a solicitar el reconocimiento de refugiado, por ejemplo.

Lamentablemente, tales experiencias no son la regla para la mayoría de los niños que entran en contacto con agentes del INM. Pero estas excepciones demuestran que México es capaz de cumplir con sus obligaciones internacionales y los requisitos de sus propias leyes en el tratamiento de niños y adultos centroamericanos que huyen de la violencia en sus países de origen.

Además, en septiembre de 2016, el presidente de México, Enrique Peña Nieto, tomó una posición firme para salvaguardar los derechos de los refugiados y los migrantes en la Cumbre de Líderes sobre Refugiados. Anunció que México fortalecerá sus procedimientos de reconocimiento de refugiados y aumentará sustancialmente el número de sus refugiados agencia.

Se llevará a cabo una campaña de sensibilización para informar a los posibles solicitantes sobre el derecho a solicitar asilo. Y "desarrollará alternativas a la detención de inmigrantes para los solicitantes de asilo, en particular los niños", y tomará otras medidas para garantizar la protección de los niños no acompañados y separados.⁴³

48 Véase Presidencia de la República, "El Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, delineó siete acciones concretas que México está impulsando para brindar un trato más digno y humano a migrantes y refugiados," Setiembre 20, 2016, <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/cumbre-de-lideres-sobre-refugiados?idiom=es> disponible Setiembre 27, 2016).

49 Ver por ejemplo, Perspectiva de Derechos Humanos, "México: Delays, Cover-Up, Mar Atrocities Response," Noviembre 7, 2014, <https://www.hrw.org/news/2014/11/07/mexico-delays-cover-up-mar-atrocities-response> (disponible Setiembre 27, 2016); Perspectiva de Derechos Humanos, "México: Police Killings in Michoacán," Octubre 28, 2015, <https://www.hrw.org/news/2015/10/28/mexico-police-killings-michoacan> (disponible Setiembre 27, 2016); Perspectiva de

Hay razones para ser escépticos acerca de estas iniciativas, y no sólo porque sería una desviación sustancial de la práctica establecida. La presidencia de Peña Nieto ha sido afectada por una serie de errores y promesas incumplidas en materia de derechos humanos -sobre todo el mal manejo de una investigación sobre la desaparición forzada de 43 estudiantes en Guerrero en 2014 y el fracaso en garantizar la rendición de cuentas por asesinatos masivos en Michoacán y en el Estado de México, entre los muchos casos de desapariciones forzadas y otros abusos cometidos por las fuerzas de seguridad durante la última década.

Pero si se llevan a cabo, los compromisos que Peña Nieto anunció abordarán algunas de las deficiencias del sistema mexicano de protección de refugiados. Por ejemplo, reconoció que la agencia estatal de refugiados no cuenta con los recursos necesarios, con una sola oficina a lo largo de la frontera sur, y se comprometió a aumentar su personal en un 80 por ciento. Más información para las personas que ingresan al país sobre el derecho a solicitar asilo será útil, especialmente si se acompaña de una mayor concientización entre los agentes de inmigración, con rendición de cuentas periódica.

Cualquier reducción en el uso casi rutinario que en México se hace de la detención de inmigrantes, inclusiva de los niños hará mucho para asegurar que los más necesitados de protección tengan acceso efectivo a ella. Según mi investigación para Human Rights Watch, el hecho de ser detenido era en muchos casos el factor más importante en las decisiones de los niños no acompañados y las familias con hijos de no presentar solicitudes de asilo.

México ya ha dado algunos pasos positivos. Ha establecido nuevas agencias de protección de la infancia, que han comenzado el laborioso trabajo de integrar entre las los gobiernos federal. El reconocimiento de la condición de refugiados ha crecido en los últimos años y en la primer mitad de 2016 duplicando la cifra del 2015.⁴⁴

La ley de refugiados, en el papel, es una ley modelo. Pero en México desde hace largo tiempo es enorme la distancia entre las regulaciones legales y los pronunciamientos judiciales de los órganos de máxima instancia por un lado y la realidad por el otro.

Derechos Humanos, "Mexico's Disappeared: The Enduring Cost of a Crisis Ignored" (New York: Perspectiva de Derechos Humanos, 2013); Perspectiva de Derechos Humanos, "Neither Rights nor Security: Killings, Torture, and Disappearances in Mexico's War on Drugs" (New York: Perspectiva de Derechos Humanos, 2011).

50 SEGOB, COMAR, Estadísticas 2015, 2016.

El camino a seguir

Méjico debería hacer más para garantizar que los niños tengan acceso efectivo a los procedimientos de reconocimiento de refugiados, incluso proporcionándoles asistencia jurídica y de otro tipo en la preparación y presentación de solicitudes. En consonancia con el compromiso presidencial, el gobierno debe ampliar la capacidad de COMAR, la agencia mexicana de refugiados, incluyendo el establecimiento de una presencia real a lo largo de la frontera sur

Méjico tiene el derecho de controlar sus frontera y de aprehender a las personas que ingresan ilegalmente al país, incluidos los niños. Sin embargo, los niños migrantes no deberían ser detenidos en ninguna circunstancia. Méjico debe hacer un mejor uso de las alternativas a la detención contempladas por la ley mejicana, particularmente para ampliar el radio de intervención de los albergues del DIF para ubicar a los niños no acompañados en instituciones abiertas o de base comunitaria. Seguramente muchos de estos niños necesitarán supervisión y algunos de ellos un régimen cerrado, pero será el DIF el que deba analizar en cada caso que tipo de alojamiento es más adecuado al interés superior del niño.

Méjico puede proporcionar el cuidado y la protección apropiada a los niños no acompañados y separados de su familia de diferentes formas, alojando a los niños en el seno de una familia o en instituciones públicas o privadas. Pero encerrando a los niños en establecimientos carcelarios no se resguardan los estándares internacionales.

Por su parte, el gobierno de los Estados Unidos ha presionado a Méjico para que no reciba a centroamericanos y ha gastado una considerable suma de dinero para mejorar la inmigración en ese país. Sin embargo deberá proporcionar financiamiento y apoyo adicional para mejorar y expandir la capacidad de procesar los pedidos de asilo y ayuda social para los solicitantes de asilo y refugiados. El gobierno de los Estados Unidos deberá también financiar a las entidades de enlace relacionadas con la inmigración y la seguridad de las fronteras and que hayan actuado de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos y adoptados medidas contra la corrupción.

Michael Garcia Bochenek es abogado especializado en derechos de los niños con enfoque de derechos humanos. B.A., 1991, Universidad Nacional de Michigan; J.D., 1995, Universidad de Columbia. Es autor de *“Closed Doors”, un informe del año 2016*, en el que, desde una perspectiva de derechos humanos, aborda el tema del fracaso de Méjico en la protección de los niños refugiados e inmigrantes en América Central.

Migración Y Refugio En Chile

Juez Gabriela Ureta Roiron* et
Claudia Miranda Fuentes



Juge Gabriela Ureta Roiron

Antecedentes

La situación geográfica de Chile no ha sido proclive a altos movimientos migratorios hacia Chile ni tampoco desde el país hacia afuera, salvo aquellos derivados de la situación política imperante en Chile entre los años 1973 a 1990, que produjo un fuerte flujo de chilenos migrantes y refugiados hacia el exterior. Sin embargo durante las últimas tres décadas se ha venido produciendo un notorio aumento en las tendencias migratorias hacia el país, incluyendo casos de refugio, lo que ha significado que en la actualidad el número de migrantes en la nación, en términos absolutos, sea el más alto de toda la historia del país.

En efecto, los inmigrantes en Chile, según la encuesta CASEN de 2013, alcanzaron a 354.581 personas, representando un 2,1% de la población¹. Las cinco principales regiones del país que concentran el mayor número de migrantes son las fronterizas y la región Metropolitana. En primer término, la región nortina de Antofagasta con un 75%; luego el puerto más grande de Chile, la V Región de Valparaíso con un 72%; en tercer término, la zona centro, Metropolitana, con un 66,4 del total; en cuarto lugar, la zona norte 1ª región de Tarapacá, con un 5.1%, y, finalmente, la zona fronteriza con Perú y Bolivia, la XV región de Arica y Parinacota, con un 2,3%.

1 La Encuesta CASEN, es una caracterización socioeconómica nacional realizada por el Ministerio de Desarrollo Social de Chile. Mide principalmente el bienestar material de los hogares y a partir de sus datos se desarrollan indicadores de distribución del ingreso, acceso a servicios sociales y pobreza. Es el principal instrumento de medición socioeconómica para diseñar y evaluar políticas públicas. La siguiente encuesta CASEN está en vías de procesamiento de datos y la recolección de los mismo ocurrió entre el 02/11/2015 y el 31/0/2016. Disponible en sitio web: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/casen2013-inmigrantes.pdf>



Claudia Miranda Fuentes

Dentro de la misma encuesta nos parece interesante destacar que la migración está mayormente encabezada por mujeres, con un 55,1% del total, y la edad de traslado hacia nuestro país ha ido aumentando. Mientras en el año 2009 el rango etéreo fluctuaba entre los 15 y 29 años de edad, en el 2013 el rango aumentó de entre los 30 a los 44 años de edad. Y, según datos del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (DEM), al año 2014 había en Chile 410.000 personas inmigrantes, cifra que es interesante porque no contempla personas con autorización de residencia provisoria ni los que están en situación migratoria irregular.

El total de los migrantes para Chile representa el 2,4% del total de la población, lo que en términos internacionales no resulta una cifra relevante, pero para Chile ha tenido un impacto notorio dado que el país no estaba preparado ni con la infraestructura ni con las políticas públicas necesarias para acoger el gran número de extranjeros que han ingresado en los últimos años. En efecto, de acuerdo a lo informado por el DEM, los inmigrantes ascienden aproximadamente a 460 mil personas y se espera para el censo abreviado de 2017 la cifra aumente a alrededor de 500 mil personas. América del Sur se muestra como la principal región de origen de la migración hacia Chile, representando un 75% de los migrantes. La tendencia muestra además una profundización desde 2005 en que Sudamérica representaba el 67,7% de la migración internacional, concentrada principalmente en los países limítrofes, quienes representaban un 56,8% del total. (Perú 31,7%, Argentina 16,3% y Bolivia 8,8%)

La actuación administrativa

El panorama anterior ha ocasionado cambios culturales, económicos y laborales respecto de lo cual las políticas públicas del Gobierno han tratado de adaptarse a la nueva realidad.

Es así como el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del Departamento de Extranjería y Migración (DEM)², se ha propuesto fortalecer la gestión gubernamental en materia migratoria de manera de dar respuesta integral al fenómeno de la migración en Chile³. Asimismo, se hace necesario actualizar la legislación migratoria imperante de modo de fortalecer la institucionalidad e incorporar los temas de inclusión, integración regional y derechos humanos.

Declaración de nacionalidad: Desde 2005 a la fecha se han presentado 622 solicitudes de declaración de nacionalidad sobre las inscripciones de nacimiento.

Existe también un convenio de colaboración SENAME-DEM para el reconocimiento de la condición de refugiado y que complementa aquella que facilita el acceso a la Red de Protección de la Infancia y que tiene por objetivo generar una protección especial y responder a las especiales condiciones de vulnerabilidad que presentan NNA solicitando el reconocimiento de la condición de refugiado. En este caso las autoridades de protección de la infancia en Chile asumen un rol de representación de los NNA ante las autoridades migratorias.

Por su parte, instituciones como el Servicio Nacional de Menores (SENAME), Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Salud (FONASA), municipios, hospitales y organizaciones de la sociedad civil⁴, han adoptado una serie de acciones de integración, medidas administrativas

que han permitido avanzar en la implementación de los compromisos que Chile ha asumido en relación con la migración internacional y que buscan entre otras cosas, fortalecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes (NNA).⁵

Para ello se han tomado las siguientes medidas:

1. Acción especial de protección de la maternidad. Para madres inmigrantes que queden embarazadas, se les permite optar a un permiso de residencia provisorio si acreditan control de su embarazo en un centro asistencial de la red de salud pública; Oficio ORD-A-14 N° 3.229 de junio 2008, Ministerio de Salud.

2. Acción especial de acceso a la educación. Se promueve e incentiva el ingreso a la educación de los NNA a la educación básica y secundaria independientemente de la situación migratoria de los padres.

Oficio Circular N° 6.232 de mayo 2003, Departamento de Extranjería y Migración; Oficio ORD N° 07/1008(1531) de agosto 2005 Ministro de Educación.

3. Convenio que facilita el acceso a educación parvularia (previo a la educación básica o primaria). Busca facilitar el ingreso de niños o niñas menores de cinco años, hijos de mujeres inmigrantes o refugiadas, independiente de la situación migratoria de los menores de edad. Resolución Exenta N° 6.677 de noviembre 2007

4. Convenio que facilita el acceso al sistema público de salud de niños, niñas y adolescentes. Permite el acceso a la salud de los menores de 18 años en igualdad de condiciones que sus pares chilenos a un centro de salud de la red de salud pública independiente de su situación migratoria o de la de sus padres o tutores. Resolución Exenta. N° 1.914 de marzo de 2008.

5. Convenio que facilita el acceso a la red de protección de víctimas de violencia intrafamiliar a mujeres inmigrantes, solicitantes de refugio y refugiadas. Su objetivo es facilitar el acceso a las mujeres inmigrantes, solicitantes de asilo y refugiadas residentes en Chile, a la red de protección para víctimas de violencia intrafamiliar. Resolución Exenta N° 80.388 de diciembre 2009.

6. Convenio que facilita el acceso a la red de protección de la infancia. Su objetivo es facilitar el ingreso oportuno a la red de protección social de la infancia y adolescencia a hijas e hijos de familias de inmigrantes y/ o refugiados vulnerados en sus derechos o infractores de ley, cualquiera sea la condición migratoria en que niños, niñas

2 Cabe reconocer que la actual legislación nacional es muy antigua y poco adecuada de acuerdo a los lineamientos internacionales especialmente interamericanos. En la actualidad la normativa sobre extranjeros e inmigrantes se encuentra principalmente contenida en el Decreto Ley 1094 de fecha 19 de julio de 1975, dictado durante el Gobierno Militar. Disponible [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6483&idVersion=2011-04-08&buscar=1094>> [Consulta: 16 de septiembre de 2016] y su respectivo reglamento. Asimismo, en el Decreto Supremo n° 597 del 24 de noviembre de 1984. Disponible en [línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=14516&r=1>> [Consulta: 16 de septiembre de 2016]

3 Instrucciones sobre política nacional migratoria, impartido por la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria, de fecha 02 de septiembre de 2008.

4 Por parte de distintas Universidades se han creados oficinas especializadas para la ayuda y protección de migrantes en lo referente a acceso a la justicia, en especial en trámites migratorios y materias de derecho de familia y laboral. Pueden mencionarse las universidades Diego Portales y Alberto Hurtado. Asimismo, por parte del Estado se habilitó la Oficina de Derecho Internacional, perteneciente de la Corporación de Asistencia Judicial, que representan a inmigrantes en acciones de reclamación de nacionalidad y recursos de amparos ante situaciones de expulsión o abandono del país. Asimismo el Servicio Jesuita a Migrantes ha jugado un rol importante. Ver sitio web: <http://www.sjmchile.org/>

5 Chile ratificó el 21 de marzo de 2005 el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión 45/158 de 18 de diciembre de 1990.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

y adolescentes se encuentren. Resolución Exenta N° 10.654 de diciembre 2009.

Además, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública ha dispuesto instruir a las autoridades pertinentes:

- a) Eximir de multas a los NNA que han infringido la regulación migratoria;
- b) Rebajar los costos de los trámites migratorios;
- c) Considerando los compromisos asumidos por Chile en relación con la protección de los derechos humanos, en particular con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y lo señalado en la legislación migratoria, se ha instruido a las autoridades competentes en la materia que se abstengan de sancionar a NNA extranjeros que infrinjan las leyes migratorias;
- d) Regularizar la situación migratoria de menores de edad y de personas que han ingresado clandestinamente al país, considerando sus vínculos familiares con chilenos, y
- e) Regular el ingreso y permanencia en el país de extranjeros víctimas del delito de trata de personas. Las estadísticas muestran que desde el año 2010 al 2014 la regularización de casos se triplicó.

En el año 2014 el Servicio Nacional de Menores (SENAME) y el DEA del Ministerio del Interior firmaron un convenio que aprobó un Protocolo relativo a solicitudes de reconocimiento de la calidad de refugiado de niños, niñas y adolescentes. El documento contempla las diversas situaciones en que se pueden encontrar los NNA al momento de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, y los pasos a seguir para asegurar la debida protección de sus derechos, por medio de una atención especializada. El protocolo pone el acento en la colaboración y acción conjunta para agilizar la regularización migratoria, comprometiéndose el SENAME a la realización de informes sociales en los casos de NNA no acompañados por sus padres o tutor, que soliciten visa de residencia en Chile.

El Ministerio de Desarrollo Social creó además en 2014 la Unidad de Migración e Inclusión Social, con el fin de apoyar las propuestas de política pública migratoria en temas tales como:

- a) protección social;
- b) vinculación con la sociedad civil representativa de la comunidad migrante;
- c) generación de datos, caracterizaciones y estudios respecto a la comunidad migrante y las personas;
- d) diseñar, elaborar y coordinar los programas específicos orientados a la comunidad migrante, y

e) establecer una coordinación intersectorial de todos los temas migratorios al interior del Ministerio y sus servicios relacionados.

Para garantizar el acceso de la educación de los NNA migrantes en el marco del principio de la no discriminación que señala nuestra Constitución Política⁶ y la Ley General de Educación se han adoptado las siguientes medidas:

- a) Regularizar la situación de residencia de todo NNA que se encuentre matriculado en un establecimiento educacional reconocido por el Estado.
- b) Asegurar el acceso a la educación preescolar para niños y niñas migrantes.

Los mayores flujos de migrantes, incluidos casos de refugio, han puesto de relieve ciertos vacíos que antes no se apreciaban con claridad, y aunque ha habido avances, ya que no existen niños migrantes excluidos de la educación en Chile, se hace necesaria la existencia de programas escolares que promuevan la diversidad, den cuenta de otras culturas y una visión más amplia de la historia garantizando que se elimine todo prejuicio, estigmatización o concepciones nacionalistas.

La actuación del poder judicial

Es dable señalar que el Poder Judicial Chileno ha tenido un rol importante en la defensa de los Derechos Humanos respecto de las personas migrantes y refugiadas, como se constata de la evolución reciente de la jurisprudencia nacional, lo que se demuestra en numerosas sentencias dictadas en tal sentido, particularmente en situaciones de inmigrantes frente a resoluciones administrativas basadas en la discrecionalidad de estas autoridades.

En efecto la Corte Suprema ha ejercido el control jurisdiccional de las medidas de expulsión y/o de otras medidas administrativas dictadas por el Ministerio del Interior en el caso de personas extranjeras en situación irregular, por la vía de amparos constitucionales respecto del ingreso de personas extranjeras al país y, en otros casos, han revisado actuaciones que se han estimado arbitrarias en relación a migrantes o refugiados. En este sentido los tribunales superiores de justicia chilenos entendiéndose por éstos las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema así como el Tribunal Constitucional, han venido a superar en parte la antigua legislación, aun vigente, que permite actuaciones de las Policías y de los Órganos Administrativos con un amplio margen de discrecionalidad, lo que ha sido revertido en parte por la vía de recursos de Amparo Constitucional (Habeas Corpus) o por acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

⁶ Constitución Política de la República de 1980, artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas; número 3; la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

A continuación, y a vía ejemplar, citamos la causa número 5832-2013 dictada por la Corte Suprema de Chile, sentencia de fecha 02/09/2013, en que se trata el caso del ciudadano peruano de iniciales C.E.F.T., expulsado de Chile según resolución del Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración. El afectado entró de forma legal a Chile y obtuvo residencia temporal pero no solicitó su renovación y en el intertanto cometió ciertos ilícitos.

El recurrente dedujo reclamación ante el máximo Tribunal, el que resolvió lo siguiente:

17.- Que las consideraciones precedentes permiten sostener que la medida adoptada por la administración en contra del ciudadano peruano C.F.E.T. es desproporcionada y no se ajusta a los preceptos que la sustentan, desde que no es posible afirmar que ha incurrido en alguno de los ilícitos que acarrear la medida dispuesta, disposición que por su carácter sancionatorio debe ser interpretada en forma estricta. Además, la situación de permanencia irregular del recurrente en el territorio nacional y el ejercicio de comercio ambulante que son invocados como circunstancias concurrentes en la fundamentación de la decisión atacada no aparecen como trasgresiones que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, desde que tienen asociadas precisas y determinadas consecuencias en la legislación nacional de menor entidad que la dispuesta en este caso, y han sido desplegadas con la simple pretensión de encontrar mejores expectativas de vida de una manera que no devela una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos.

Lo anterior lleva a concluir que la decisión que se reclama es desproporcionada en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción sancionada, motivos suficientes para revocar el dictamen reclamado.

Otro caso que ha concitado debate judicial es la situación de niños nacidos en Chile, hijos de personas en situación migratoria irregular.

La Constitución Política del Estado establece como regla general que la nacionalidad chilena se adquiere en virtud del *ius solis*. No obstante, establece una excepción respecto de extranjeros que se encuentren en Chile al servicio de su gobierno, o hijos de extranjeros transeúntes, quienes tienen derecho a optar a la nacionalidad chilena a los 21 años de edad. Además, en virtud de la Ley de Extranjería, estas personas tienen derecho a una visa de residencia en el país lo que les permite actuar ante los servicios públicos y ser

titulares de derechos y beneficios al igual que los demás ciudadanos chilenos.

El derecho a ser inscrito al nacer está estrechamente vinculado al ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud y el derecho a la educación. Es así como hasta agosto del año 2014 la interpretación administrativa consideraba transeúnte a las personas que tenían la calidad migratoria de turistas, tripulantes, y turistas que se encontraban en situación migratoria irregular, personas extranjeras que hubieran ingresado irregularmente a Chile, o aquellos que fueran objeto de una sanción administrativa de expulsión o abandono del país, ya que se entendía que en aquellas personas no existía un ánimo de residencia en el territorio nacional. Con ello gran cantidad de NNA hijos de inmigrantes en condición de irregularidad migratoria, no tenían acceso a la nacionalidad chilena, lo que generaba situaciones de apátridas. Por su parte la Corte Suprema de Justicia conociendo de algunos de estos casos, determinó ciertos puntos importantes para el entendimiento del concepto de *extranjero transeúnte*, que se apegan al sentido natural y obvio de las palabras, sirviendo con ello de base para la aplicación de criterios por parte de la Administración Pública. En tal sentido el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a través del DEM ha establecido que extranjero transeúnte; fies aquel que se encuentra de paso en Chile, sin ánimo de residencia, haciendo una interpretación restrictiva de la excepción establecida por la Constitución Política, tal como lo señaló la Corte Suprema, excluyendo como factor relevante para determinar el derecho a la nacionalidad chilena del NNA, la situación migratoria irregular de los padres del menor nacido en territorio chileno.

Lo señalado anteriormente se plasma en Oficio Ordinario N°27601 de 14 de agosto de 2014, del Jefe de Extranjería y Migración al Director Nacional de Registro Civil e identificación, que sienta las bases para pronunciarse al momento de inscribir a un menor nacido en territorio nacional. Con fecha 20 de marzo de 2015 se publicó en el Diario Oficial la interpretación restrictiva del concepto de hijo de extranjero transeúnte estampado en el artículo 10 N°1 de la Constitución Política de la República, y se generó campaña de difusión a nivel nacional para que aquel inscrito como hijo de extranjero transeúnte pudiese pedir la rectificación de dicha leyenda. Existen proyectos de ley que se encuentran en el Congreso Nacional y que aún no han sido resueltos, para abordar la materia en forma definitiva.

La Corte Suprema ha sentado jurisprudencia donde se destaca la estabilidad de la madre independiente de la situación migratoria para conceder la nacionalidad chilena a un niño. Así ocurre en el fallo N° 5482-2013, de fecha 26 de

7 Para ver el ámbito de actuación del Ministerio del Interior en cuanto a la facultad de expulsión y abandono del país, ver artículos 13, 15, 17 y 64 del Decreto Ley 1094 de 1975.

noviembre de 2013 en que una mujer peruana que entra por un paso no habilitado a Chile en el año 2009 junto a sus dos hijos y cuyo tercer embarazo fue controlado en un hospital de la Capital. Indica que realizó diversos intentos por regularizar su situación migratoria sin resultado. Finalmente, su hijo de iniciales D.E.P.R quedó inscrito al nacer como hijo de extranjero transeúnte y por tanto como apátrida y en consecuencia sin acceso a los beneficios estatales. La Corte Suprema, frente a la acción por reclamación de nacionalidad, discurre de la siguiente manera;

¶Sexto: Que, por otra parte, conforme lo prescriben los artículos 58 y 59 del Código Civil, es posible distinguir en Chile a personas domiciliadas y transeúntes, consistiendo el domicilio en la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella. Resulta útil destacar en este punto que el artículo 64 del mismo cuerpo legal -a la inversa de la situación descrita en el texto que le precede- dispone que se presume el ánimo de permanecer y avocindarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él un empleo fijo y por otras circunstancias análogas

¶Séptimo: Que el interés desplegado por largo tiempo por la madre de D.E.P.R. para permanecer en el país, que esta Corte Suprema considera acreditado valorando en conciencia, conforme lo dispone el citado artículo 12 de la Carta Fundamental, los antecedentes que obran en el presente cuaderno, conducen a concluir que se mantiene en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, D.E.P.R. no ha podido quedar comprendido en la situación de excepción ya analizada del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, motivo por el que deberá acogerse el reclamo interpuesto.

¶Octavo: Que, finalmente, resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

¶Como puede apreciarse, la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un

atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, máxime si la propia autoridad que ahora lo niega permanece sin cumplir la resolución de expulsión lo que importa, por parte del Estado de Chile, una aceptación de la permanencia de la madre del menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio.

A modo de conclusión

A pesar de los esfuerzos realizados por diferentes órganos del Estado, las acciones realizadas por éste ante el aumento de la migración en Chile, durante los últimos 20 años, muestran desafíos pendientes, como es la de actualizar nuestra legislación, una de las más antiguas de América Latina (del año 1975) y entendiéndola no solo como requisitos de admisión o expulsión al país sino también bajo el prisma de los derechos humanos.

Si bien el Poder Judicial ha jugado un rol importante en las brechas de derechos que se han comentado por vía de ejemplo, las altas cifras de migración en Chile evidencian la falta de un nuevo corpus normativo, único y accesible para todas las personas, así como una mayor claridad de la política pública migratoria, en lugar de respuestas puntuales ante problemas urgentes que han afectado a poblaciones en riesgo, como mujeres embarazadas o NNA en condición de irregularidad.

Gabriela Ureta Roiron* Abogada. Ha sido Juez de Menores y de Familia en Chile, Presidenta de la Asociación Chilena de Jueces de Menores y de Familia y actualmente integra el Consejo de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia.

Claudia Miranda Fuentes; Abogada, Juez de Familia de Pudahuel (Santiago de Chile). Magister en Derecho de Familia(s), infancia y adolescencia. Universidad de Chile.

Fuentes

- Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública
- Comentario de Jurisprudencia de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional sobre Derechos Humanos de las personas migrantes. Corporación Asistencia Judicial.

El lado oscuro de la luna – El horror de la inmigración ilegal

Anil Malhotra



El tema

En la tragedia del barco, ocurrida en Malta en el año 1996, 286 surasiáticos incluidos alrededor de 170 jóvenes de Punjab, que buscaban pasar ilegalmente la frontera, encontraron una tumba acuosa en el mar Jónico. La tragedia se repitió recientemente, cuando alrededor de 20 habitantes de Punjab, llegando a los Estados Unidos de Norteamérica, se ahogaron cerca de Panamá, en la costa colombiana, cuando un navío que transportaba inmigrantes ilegales volcó. Un sobreviviente que fue rescatado, relató el infortunado hecho. Triste pero cierto, los comerciantes de la muerte trafican con seres humanos en el Punjab sin temor alguno, atrapando a jóvenes crédulos, que sueñan con obtener divisas americanas. Ciudadanos inocentes son engañados diariamente y el crimen organizado perpetúa el horror y la miseria multiplicándose día a día con impunidad y desprecio por la ley.

Problemas en cantidad

Los inmigrantes ilegales son vulnerables a la explotación. Sus vidas están plagadas de riesgos. Las víctimas se han ahogado en los contenedores de los barcos, durante la travesía por mar cayendo al agua, han perecido en los desiertos o fueron obligadas a realizar trabajos forzados en los campos de esclavos. Traficantes de seres humanos conducen sus actividades descaradamente sin respeto alguno por la vida de estos inmigrantes. Los sobrevivientes relatan sucesos horribles de sus ordealas. Obligados a sentarse sobre desechos corporales, privados de comida y agua, ellos vieron como a su alrededor sus compañeros morían, eran arrojados por la borda o perecían a la vera del camino. Aquellos que fueron aprehendidos, languidecían en celdas

extranjerías, y sin esperanzas de retornar a su país. Los traficantes de inmigrantes generan un alto lucro neto en manos de las mafias que alimentan la corrupción y el crimen organizado. Semejante movimiento de gente resulta un negocio mortal tanto como los son, los ataques terroristas. Este fenómeno debe ser combatido ahora con gran urgencia.

Intentos mediante el uso de la ley

Punjab fue el primer Estado en promulgar una ley contra el tráfico de seres humanos en el año 2012, la cual fue conocida como la ley 2012 de Punjab sobre regulación profesional de los viajes. La misma busca proporcionar un registro obligatorio y un régimen de concesión de licencias para todas las categorías de personas que desarrollan actividades ligadas a las agencias de viajes, incluidas las acciones de reserva y dirección de cuestiones relacionadas con el envío de personas al exterior. Así quedarán excluidos los agentes que operen sin licencia, imponiendo penalidades en caso de violación a la ley, que prescribe penas de hasta siete años de prisión y compensaciones a pagar por los agentes a las personas agraviadas. La ley penal contempla el supuesto de engaños para inducir a la migración.

Independientemente de ello, estos traslados generan un crecimiento de las enfermedades, que no ha sido registrado en datos concretos. Los operadores que comercian con la muerte convencen a jóvenes inocentes para que se trasladen a parajes lejanos en pos de sueños que nunca alcanzarán condenándolos al exilio, la enfermedad y en ocasiones a la muerte.

Sin ley que controle

La mejor cura es la prevención. La ley de emigración de 1983 establece que un Defensor General de Emigrantes deberá emitir una autorización para la emigración desde la India a fin de prevenir la explotación en manos de agentes de reclutamiento que explotan a los trabajadores indios con contratos injustos y con falsas promesas de que nunca serán capturados. Sin embargo la ley de Punjab es sistemáticamente violada cuando los agentes se presentan solo como consultores, ya que la consultoría no requiere de ninguna registración según la ley del Estado. Así realizan el traslado de personas, libremente y sin ningún control.

Posibles soluciones

- La promulgación de una nueva legislación con efecto paraguas en la India comprensiva de todas las categorías de agentes, consultores, representantes y de todo otro operador que realice actividades relacionadas con el traslado de personas a través del mar;

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- Las necesidades de los inmigrantes no pueden ser negadas. Por el contrario es necesario que la migración a realizar sea canalizada por los medios legales, explorando soluciones sustentables. El objetivo es generar migraciones legales, integradas y organizadas;
- Generar oportunidades de migración legal, selectiva, con elaboración de perfiles de migración y regularización de la estancia prolongada. Se considera que las respuestas deben apartarse de la amnistía, las visas de corta duración o la determinación general de la política con categorización de las clases de visados;
- En el contexto y desde la perspectiva de la India, donde la migración se encuentra actualmente en una etapa experimental, se puede observar un doble enfoque. Por un lado, de promoción y por el otro de regulación de la migración. Ambos siguen un proceso educativo orientado al pensamiento. La participación activa del Gobierno es una necesidad para la resolución eficaz de la migración administrada a nivel operativo en ambos enfoques;
- La promoción de la migración se canaliza por los programas de migración con acuerdos bilaterales localizados, para regularizar la inmigración entre países receptores y emisores. Las oficinas gubernamentales en los Estados de Punjab y Haryana asisten a los residentes del Estado para encaminar la inmigración a través de los canales gubernamentales, con la obtención de visas por medio de los servicios de facilitación, para eliminar a los traficantes y sus operaciones ilegales;
- La segunda perspectiva focaliza en un sistema de inmigración que cuente con una regulación selectiva de la inmigración con mecanismos de control y equilibrio, creados y puestos en marcha dentro del sistema;
- Además se considera que un régimen de visas más estricto disuadirá a los operadores clandestinos solo en tanto se complementa con un proceso de concientización, colaboración, publicidad y educación permitiendo a los posibles migrantes tomar sus propias decisiones a conciencia respecto a los beneficios de migrar o no en cada caso concreto. Actualmente en India, con una economía en auge y un aumento en las oportunidades de trabajo es necesario educar a los jóvenes sobre la mejor decisión sobre si resulta una verdadera necesidad la migración. En este contexto, el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Estado en general, apoyaron las misiones extranjeras, para lanzar una campaña de divulgación en las ciudades de Punjab, mediante publicidad compartida en los medios de transporte público, banners, carteles, periódicos y otros materiales publicitarios tanto en lengua hindi como punjabí, llevando el siguiente mensaje: *“Migración --- el camino correcto podría ser extremadamente beneficioso”* Esta sería también una manera de ayudar a todos aquellos involucrados, en la toma de una decisión individual a conciencia sobre si lo correcto es migrar o no hacerlo. Nuevas pérdidas de vidas humanas en manos de los comerciantes de la muerte deben ser evitadas.

Anil Malhotra : El autor es abogado, y escribió los siguientes libros: *International Indians and The Law, Indians NRIs and The Law, India NRIs and The Law, Acting for Non – Resident Indian Clients and Surrogacy in India – A Law in the Making and Surrogacy in India.*

Datos de contacto: anilmalhotra1960@gmail.com.

Trafico De Niños En Africa Occidental: El Problema Y La Ley - Parte A

Honorable Juez Rosolu
Bankole Thompson, Ph.D



I. Introducción

En un apasionado pedido para la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, observó conmovido que el tráfico de personas, particularmente de mujeres y niños para trabajos forzados y explotación, incluyendo la explotación sexual, está creciendo y es una de las violaciones de derechos que las Naciones Unidas enfrentan actualmente con mucha urgencia. También hizo notar que el destino de las víctimas del tráfico humano es una afrenta a la dignidad y un desafío para todos los Estados, para cada pueblo y cada comunidad.

Siguiendo el mismo patrón de razonamiento, el tema subyacente de este artículo es que el tráfico de niños es una epidemia. Su erradicación está basada en cuatro puntos: a) esta práctica contradice los valores de la civilización moderna; b) es un acto que en terminología del derecho de familia internacional "shokea la conciencia de la humanidad"; c) es una grotesca violación de los derechos humanos; d) inhibe el proceso natural de desarrollo del niño tanto en el orden físico como en el orden emocional y psicológico.

En este sentido, el autor examina desde una perspectiva crítica las leyes nacionales de algunos países de África Occidental que abordan el fenómeno del tráfico de niños, haciendo foco en la pertinencia de instituir un mecanismo judicial regional o internacional investido de autoridad, para procesar a las personas involucradas en el

tráfico de niños y compensar a las víctimas por los daños sufridos.

El presente artículo está dividido en dos partes: A y B. La parte A (que comparto en esta edición) incorpora una introducción en la que el autor presenta el problema del tráfico en un contexto global seguido por el agregado de temas que surgen de conceptualizar y definir el tráfico humano en general y el tráfico de niños en particular.

El autor luego describe el marco regulatorio internacional que prohíbe esta práctica. Concluye con la propuesta de creación de un Tribunal internacional o regional, investido de jurisdicción penal y civil, para la protección de los derechos de los niños.

Se ha discutido si la noción de globalización constituye un nexo con el tráfico de niños. La fuerza de este argumento consiste en que no se pueden comprender las causas y motivaciones de la práctica de tráfico humano sin una referencia a la globalización, que es una dinámica clave en la ecuación del tráfico humano. Una de las razones es que a pesar de los beneficios derivados de la globalización en la esfera de las cuestiones humanitarias, sin embargo en el área de las actividades económicas, la globalización con seguridad ha facilitado el crimen organizado transnacional.

En un iluminado discurso, Daw asegura que hay un nexo entre la globalización de las actividades económicas y la globalización del crimen organizado. Ella argumenta que el desarrollo en las áreas de transporte y comunicaciones crea enormes oportunidades para la comunicación y el desarrollo; nuevas oportunidades para el crimen organizado; con un aumento del flujo de información, que facilita la comisión de los delitos robo, contrabando y otros delitos para obtener enormes beneficios del contrabando de migrantes y el tráfico de personas¹.

II. El significado de Tráfico Humano. Complejidades de la definición

Para el propósito de este artículo el término "tráfico" aplicado al traslado de seres humanos, inevitablemente tiene una connotación peyorativa. Al intentar definirlo, surgen cuestiones conceptuales y semánticas a resolver. Está de más decir que no se puede articular de manera totalmente clara y precisa la connotación del término en sus sentidos ordinario y legal. Su imprecisión y falta de claridad han dado origen a toda clase de interpretaciones legales, artificiales y sutiles (el detallado análisis de las mismas

¹ Daw, Bianca "Child Trafficking [Problems and Solutions] 2008; Véase: https://www.Academia.edu/2065674/Child_Trafficking_Problems_and_Solutions, 10

queda fuera del alcance de este artículo. Es más, definir la noción de tráfico de personas usando la analogía de commodities es lingüísticamente problemático, porque se considera que es un menoscabo de la dignidad humana. Esto se debe a las imperfecciones del idioma y el uso de ficciones legales para resolver problemas jurídicos y doctrinarios.

A pesar de esta complejidad al definir el término tráfico infantil a los fines de evaluar la responsabilidad penal, es orientador tener en cuenta la lista de conceptos legales aceptados y seleccionados de una amplia literatura al respecto:

i. el tráfico infantil involucra el traslado de niños con el propósito de explotación²

ii el tráfico de niños importa sacar al niño de su medio ambiente protector y acecharlo en su vulnerabilidad con el fin de explotación.³

iii el tráfico de niños es una forma de tráfico humano y es definido como el reclutamiento, transporte, traslado, albergue y/o recepción de un niño con el propósito de explotación⁴.

iv. el tráfico de personas es el reclutamiento, transporte, traslado, albergue o recepción de una persona por medio de amenazas, uso de la fuerza u de otra forma de coerción, fraude, secuestro, engaño o mediante abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o a través de la entrega o la recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que controla otra con el propósito de explotación⁵

v. tráfico es el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales, principalmente de países desarrollados o algunos países con economías en transición con el objetivo final de forzar a mujeres y niños a situaciones sexuales de explotación o de agresión económica para beneficio de los reclutadores, traficantes y sindicatos del crimen, y otras actividades como por ejemplo : trabajo doméstico forzado, falsos casamientos, empleo clandestino y adopciones falsas.⁶

vi. un niño ha sido víctima de tráfico si ha sido movido dentro de su país o a través de la frontera, sea por la fuerza o no, con el propósito de ser explotado.⁷

vii el tráfico está dentro de las formas de esclavitud o prácticas similares a la esclavitud.⁸

² www.unicef.org/.../SAF...pressrelease...notetrafficking.pdf
UNICEF

³ www.ilo.org

⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Trafficking_of_children Wikipedia

⁵ Protocolo de NU para Prevenir, Suprimir y Castigar el Tráfico de Personas especialmente de las mujeres y niños, 2000.

⁶ Véase Resolución de la Asamblea General de NU A/RES/49/166, 23 Diciembre 1994.

⁷ Véase Protocolo NU op cit; ver también ILO La Convención sobre las peores formas del trabajo infantil, 2000.

⁸ Véase Protocolo NU, op cit

III. El Marco Regulatorio Internacional para la Prohibición y Erradicación del Tráfico Infantil

Siguiendo los pasos del desarrollo del esquema normativo global para la prohibición y erradicación del tráfico infantil, se podría clasificar a los instrumentos legales internacionales más importantes sobre el tema, posteriores a 1947, en dos grupos, desde una perspectiva cronológica y otra temática.

En el contexto contemporáneo el marco regulatorio global existente para combatir el tráfico infantil es bastante integral y elaborado. Es necesario examinar algunas notas comunes clave de las últimas ocho convenciones y protocolos.

El primer grupo comprende la Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre, 1948; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Supresión del Tráfico de personas y la Prostitución, 1949 y la Convención sobre comercio de esclavos y otras Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud, 1956. El segundo grupo está integrado por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966, la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra las mujeres, 1979, la Declaración de los Principios Legales y Sociales para la Protección y el Bienestar de los niños, con especial referencia a las Colocaciones Alternativas y la Adopción Nacional e Internacional, 1986; la Convención sobre los derechos del niño, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2000; el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Reprimir la Trata de Personas especialmente de mujeres y niños, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la Venta de Niños, Prostitución y Pornografía infantil, 2002; y la Convención de la Asociación de Asia del Sur para la Cooperación Regional (SAARC) sobre Prevención y Lucha contra el Tráfico para la Prostitución de Mujeres y Niños, 2002.⁹

A.- La Convención sobre todas las formas de Eliminación de Discriminación contra las Mujeres¹⁰

La Convención tiene fuerza normativa. Consta de tres partes. La **primera** es la definición del concepto de discriminación contra las mujeres como:

“cualquier discriminación, exclusión o restricción en razón del sexo o que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte

⁹ Véase Gallagher, Anne: The International Law of Human Trafficking Cambridge: Cambridge University Press, 2010 ; Ver también King, Lindsey: International Law and Human Trafficking, Topical Research Digest : Human Rights and Human Trafficking, www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/InternationalLaw.pdf.

¹⁰ <http://www.un.org/womenwatch/law/cedaw/text/convention.htm>

de las mujeres, independientemente de su estado marital, de los derechos humanos y libertades fundamentales en el campo político, económico, social, cultural, civil o en cualquier otro¹¹

La **segunda parte** es el compromiso explícito de los Estados Miembros de emprender una serie de medidas legislativas para poner fin a la discriminación de la mujer en todas sus formas.¹²

- a) Incluir el principio de igualdad entre hombres y mujeres en sus constituciones nacionales y toda otra legislación apropiada, y asegurar a través de la ley u otros medios apropiados, la realización de prácticas acorde con este principio;
- b) Adoptar medidas legislativas adecuadas y otras medidas, incluyendo sanciones cuando sea apropiado, y prohibiendo toda forma de discriminación contra las mujeres;
- c) Establecer la protección legal de los derechos de la mujer sobre una base igualitaria con los de los hombres y asegurar a través de los tribunales nacionales competentes y otras instituciones públicas, la protección efectiva de las mujeres contra cualquier acto de discriminación;
- d) Abstenerse de involucrarse en cualquier acto o práctica de discriminación en contra de las mujeres y asegurarse que las autoridades públicas e instituciones actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación hacia la mujer por parte de las personas, las instituciones o las empresas;
- f) Tomar todas las medidas que resulten apropiadas, incluyendo la modificación o derogación de leyes, regulaciones, costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra las mujeres;
- g) Derogar toda disposición penal que constituya discriminación contra las mujeres.

La **tercera parte** enfatiza en el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las mujeres en un plano de igualdad con los hombres como la base normativa y jurídica de la Convención.¹³ *A priori al aceptar las obligaciones de la Convención, que prohíbe el tráfico infantil, los Estados partes están legalmente obligados a tomar todas las medidas apropiadas para prohibir todas las formas de tráfico y explotación de mujeres, incluyendo a los menores de edad.*

B.- La Declaración de los Principios Sociales y Legales relacionados con la Protección y el Bienestar de los niños, con especial referencia

a los Cuidados Alternativos y la Adopción Nacional e Internacional.

El siguiente instrumento legal relevante es La Declaración de los Principios Sociales y Legales relacionados con la Protección y el Bienestar de los niños, con especial referencia a los Cuidados Alternativos y la Adopción Nacional e Internacional.¹⁴ Además de las medidas sustantivas relacionadas con la protección y el bienestar de los niños con especial referencia a los hogares de tránsito y la adopción a nivel nacional e internacional, la Declaración establece que los Estados partes deben adoptar políticas y dictar leyes para la prohibición del secuestro¹⁵ y de todo acto que implique la colocación ilícita de niños. El claro significado de esta obligación es que el tráfico infantil está fuera de la ley de acuerdo a las disposiciones de la Declaración.

C. La Convención sobre los Derechos de los Niños

La Convención sobre los Derechos del Niño es también relevante en su propósito normativo en cuanto a la erradicación del tráfico infantil.¹⁶ Las tres características clave de la mencionada Convención son de relevancia directa. La primera es la garantía legal de respeto de la libertad de cada niño que lo libera del secuestro/tráfico o venta.¹⁷ La segunda es que la Convención asegure a cada niño el derecho a la protección contra toda forma de explotación sexual o abuso.¹⁸ La tercera brinda a cada niño protección contra la tortura y el maltrato.¹⁹ En consonancia con los objetivos y propósitos de la Convención los Estados partes acuerdan tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención.²⁰ Existe también por parte de los Estados partes un acuerdo de asegurar que un niño no sea separado de sus padres contra su voluntad a menos que las autoridades competentes determinen de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, y sujeto a revisiones periódicas, que la separación es necesaria para resguardar el interés superior del niño.²¹ Se reconoce que el tráfico infantil provoca perjuicios físicos, sociales, mentales y psicológicos en el niño afectando a su desarrollo. La Convención también establece que los Estados partes deben tomar medidas para combatir el traslado ilícito y sin retorno de niños al extranjero.²²

Es muy importante la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes para arbitrar todas las medidas legislativas, administrativas,

¹¹ Artículo 1.

¹² Artículo 2.

¹³ Artículo 3.

¹⁴ <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r085.htm>

¹⁵ Artículo 19

¹⁶ www.ohchr.org/en/professionalinterest/pagescr.c.aspx

¹⁷ Artículo 35.

¹⁸ Artículo 36.

¹⁹ Artículo 37.

²⁰ Artículo 4.

²¹ Artículo 5.

²² Artículo 11.

sociales y educativas apropiadas para proteger a l niño de todas las formas de violencia mental o física, daño o abuso mientras están al cuidado de sus progenitores, en guarda legal o con cualquier otra persona a cargo de su cuidado.²³

D. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños sobre la Venta de Niños, Prostitución y Pornografía Infantil²⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 34 y 35 establece que los Estados partes deben proteger a los niños de todas las formas de explotación sexual y abuso y tomar todas las medidas posibles para asegurar que no sean secuestrados, vendidos u objetos de tráfico.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños sobre la Venta de Niños, Prostitución y Pornografía Infantil amplía los contenidos de la Convención sobre este tema, obligando a los Estados partes a terminar con la explotación sexual y el abuso de niños con requerimientos bien detallados. También el Protocolo marca la necesidad de proteger a los niños objeto de venta sin propósitos sexuales, por ejemplo para trabajo forzado, adopción ilegal y donación de órganos.

Para ello exige: (i) la ampliación de medidas para garantizar la protección de los niños para evitar que resulten víctimas de venta, prostitución y pornografía,²⁵ (ii) el reconocimiento global del derecho de todo niño a ser protegido contra la explotación económica y de la realización de cualquier trabajo peligroso o que interfiera en su educación o que sea dañino para su salud, su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social,²⁶ (iii) profunda preocupación global ante el significativo incremento del tráfico internacional de niños, la prostitución y la pornografía infantil,²⁷ (iv) profunda preocupación global sobre la expansión del turismo sexual, en el que los niños son especialmente vulnerables ya que promueve directamente la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil²⁸ y (v) reconocimiento global que dentro del grupo de personas particularmente vulnerables, las niñas corren mayor riesgo de ser explotadas sexualmente. La cantidad de niñas

Es de suma importancia que los Estados partes incluyan en sus leyes penales, la descripción de una amplia variedad de actos que deben ser entendidos como constitutivos de tráfico infantil que no pueden quedar fuera de la criminalización por meros aspectos técnico-legales.²⁹ Estos actos son: (i) ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, a un niño con propósito de: a) explotación sexual del niño; b) donación de órganos del niño para beneficio económico; c) involucrar a niños

en trabajos forzados; (ii) inducir el consentimiento del niño en forma inapropiada para la adopción del niño violando los contenidos de los instrumentos internacionales aplicables en materia de adopción; (iii) ofrecer, procurar obtener o proveer a un niño para la prostitución definida por el artículo 2.

El Protocolo impone también la obligación de los Estados partes de criminalizar los actos preparatorios e intentos de comisión de los antes reseñados, involucrando a todos los que participen en dichos actos, imponiendo penas adecuadas a la gravedad de los mismos y tomando medidas apropiadas para establecer la responsabilidad penal por los delitos establecidos en el artículo 3.³⁰

E. El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Reprimir la Trata de Personas especialmente mujeres y niños

El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños asume mucha importancia como instrumento legal internacional complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra el Delito Organizado Transnacional.³¹ La fuerza jurídica del Protocolo es triple. Primero, porque si bien existían antes del Protocolo varios instrumentos jurídicos destinados a combatir la trata de personas especialmente de los grupos más vulnerables (mujeres y niños) ninguno de ellos había diseñado estrategias para enfrentar la trata de personas en todos sus aspectos.³² La segunda es la preocupación de que en ausencia de tal código universal, las personas vulnerables al tráfico no sean suficientemente protegidas.³³ La tercera es la convicción global sobre la necesidad de complementar los contenidos de la Convención Internacional sobre el Delito Organizado Transnacional con un instrumento jurídico más directo que será útil para prevenir y combatir el delito de tráfico de personas.³⁴

El citado Protocolo define detalladamente el delito de tráfico de personas como el reclutamiento, transporte, traslado, albergue o recepción de personas por medio de amenazas, uso de la fuerza y otra forma de coerción, por secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o valiéndose de la posición de vulnerabilidad o mediante la recepción o entrega de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que ejerce el control sobre otra, con propósitos de explotación. La explotación debe incluir, como mínimo, la explotación para la prostitución de otros así como otras formas de explotación sexual, trabajo forzado o servicios, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o

²³ Artículo 19(1).

²⁴ www.unicef.org/crc/index_30204.html.

²⁵ Preámbulo 1.

²⁶ Preámbulo 2.

²⁷ Preámbulo 3.

²⁸ Preámbulo 4.

²⁹ Artículo 3(1).

³⁰ Artículo 3(2), (3), y (4).

³¹ www.osce.org/odhir/19223

³² Preámbulo 2.

³³ Preámbulo 3.

³⁴ Preámbulo 5.

remoción de órganos³⁵. El Protocolo impone a los Estados partes la importante obligación de criminalizar mediante medidas legislativas y otras que sean necesarias los actos enumerados en el artículo 3(a) cometidos intencionalmente.³⁶ Igualmente significativa es la imposición a los Estados partes de prohibir legislativamente o de otro modo : (a) los intentos de cometer cualquiera de los actos enumerados³⁷ (b) la participación como cómplice en cualquiera de los actos enumerados;³⁸ (c) la conducta de organizar o dirigir a otras personas para cometer cualquiera de los actos enumerados.³⁹

F.SAARC La Convención para prevenir y combatir el tráfico de mujeres y niños para prostitución.

La Convención para prevenir y combatir el tráfico de mujeres y niños para prostitución de la Asociación de Asia del Sur para la Cooperación Regional es un instrumento jurídico⁴⁰, que tal como reseña su título, tiene alcance regional. Su razón fundamental es el reconocimiento de la importancia de establecer la cooperación regional efectiva entre los Estados partes para prevenir el tráfico para la prostitución mediante la investigación, la detección, interdicción, procesamiento y castigo para aquellos responsables de dicho tráfico. Enfatiza en la necesidad de fortalecer la cooperación para proveer de asistencia, rehabilitación y repatriación a las víctimas del tráfico para la prostitución.⁴¹ Sustancialmente, la Convención comienza con una definición del delito de tráfico de personas entendido como mover, vender o comprar mujeres y niños para prostitución dentro y fuera del país con fines económicos o con otros fines, con o sin el consentimiento de la persona sometida al tráfico.⁴² La Convención, al referirse a las personas sometidas al tráfico alude a mujeres y niños victimizados o forzados a la prostitución por el traficante, mediante engaño, amenaza, coerción, secuestro, venta, matrimonio fraudulento, matrimonio infantil o cualquier otro medio ilegal⁴³ La Convención obliga a los Estados partes a tomar medidas efectivas para asegurar que el tráfico en cualquiera de sus formas, sea un delito reprimido con penas apropiadas teniendo en cuenta la gravedad de su naturaleza⁴⁴. Los Estados partes deberán declarar criminalmente responsable a cualquier persona que posea, mantenga, administre o financie a sabiendas o participe en la financiación de un lugar usado para traficar.⁴⁵ Una persona

que intente cometer cualquiera de los actos enumerados en el artículo III (1) y (2) debería ser declarado penalmente responsable.⁴⁶

IV. La imperiosa Necesidad de una Estrategia Regional o Internacional

Desde la perspectiva jurisprudencial, es evidente que las disposiciones penales sustantivas y procesales de los instrumentos jurídicos que integran el marco normativa internacional para la prohibición del tráfico infantil, reflejan un compromiso con los conceptos, las doctrinas y los principios fundamentales de la responsabilidad criminal tanto desde la perspectiva de la tradición penal como civil.⁴⁷ Primeramente, recordemos la presunción de inocencia por lo que no debería haber ninguna responsabilidad civil sobre los actos prohibidos, cuando no existe prueba sobre la existencia del hecho y de su comisión intencional. Esta es una de las facetas del principio de legalidad. En efecto, para establecer la responsabilidad criminal por parte del ofensor, debe darse lo que en términos de la ley penal se llama un *factus reus* y una *mens rea*. Ambos elementos del delito son reconocidos en los sistemas legales. En el contexto de los más importantes sistemas legales del mundo, se sostienen como noción general común, la noción de *mens rea*. Así el grado de culpabilidad decrece de acuerdo al nivel de: intención, conciencia, atención, respeto por los estándares aceptados de conducta.⁴⁸ Una segunda característica clave de las disposiciones de las Convenciones y Protocolos es la criminalización de los delitos preparatorios. La referencia a los actos prohibidos, es significativa al respecto. En efecto, parece claro que desde estos instrumentos jurídicos internacionales el norte es que los actos criminales de gran envergadura deberían ser cortados de raíz antes que lleguen al estadio de consumación o ejecución.⁴⁹

En el mismo orden de ideas, las Convenciones y Protocolos criminalizan los actos de complicidad, en sus diversas formas, para cometer el delito sustantivo como conspirar o aconsejar el proxenetismo o la prostitución. Estos conceptos básicos y principios son reconocidos en los sistemas legales penales más importantes del mundo.

El problema no es entonces la incompatibilidad jurisprudencial y/o legal entre los distintos países y a nivel internacional respecto a la responsabilidad penal por la comisión del delito

³⁵ Artículo 3(a).

³⁶ Artículo 5(1).

³⁷ Artículo 5(2).

³⁸ Artículo 5 (2).

³⁹ Artículo 5(2).

⁴⁰ www.evawiki.globali.databasewom.

⁴¹ Daw op cit

⁴² Artículo (3).

⁴³ Artículo (3).

⁴⁴ Artículo III (1).

⁴⁵ Artículo III (2).

⁴⁶ Artículo III (3).

⁴⁷ Para una exhaustiva e iluminada exposición sobre los principios criminales en la tradición del common law, véase Thompson, Bankole: *The Criminal Law of Sierra Leone*. Lanham: University Press of America, 1999. Para una exposición igualmente integral e iluminada de los mismos principios en el área penal internacional, véase Cassese, Antonio: *International Criminal Law*, 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.

⁴⁸ Véase Cassese op cit.

⁴⁹ See Thompson op cit for this rationalization.

de tráfico infantil sino que el problema es la efectividad de las leyes penales nacionales. En la parte B de esta presentación analizaré las leyes penales nacionales de algunos países de África Occidental. De estos informes surge que la aplicación de las leyes penales sobre tráfico no es muy adecuada. Existe la percepción equivocada que los sistemas de justicia criminal de estos países están respondiendo tanto de manera individual como colectiva al problema del tráfico infantil o que ellos van a hacerlo en un futuro muy cercano. Por ello, es necesario, de manera imperiosa el diseño de un mecanismo regional o internacional pensado como herramienta práctica de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que sostenga su autoridad legal y moral.

Dada la magnitud y complejidad del problema a nivel nacional, regional e internacional no habría momento más oportuno para la comunidad internacional de luchar a brazo partido contra esta plaga que azota a la humanidad. El tráfico infantil impacta en la conciencia de la humanidad y se burla del compromiso con la preservación de la dignidad humana. Se eleva a la categoría de crimen contra la humanidad reconocido por la ley penal internacional y debería ser percibido y abordado como tal desde una óptica penal y criminológica.

Aprovecho esta oportunidad, para agradecer a mi hija Christiana Avril Thompson por ser mi asistente de investigación para el tema de este artículo. Extiendo este sentimiento de gratitud a mi otra hija, Lovetta Anita Thompson por asistirme con la mejora en la redacción y con el formato editorial.

El Juez Rosolu Bankole Thompson ostenta el grado de MA, LL.B, Ph.D (Law) de la Universidad de Cambridge. Actualmente se desempeña como juez en la Corte Residual Especial para Sierra Leona, habiendo sido uno de los jueces de la Corte, 2002-2009, siendo que la Corte en ese momento funcionaba como Tribunal Penal Internacional para crímenes de guerra. El juez Thompson detenta el rango de profesor emérito en Derecho Penal en la Universidad del Este de Kentucky, actualmente retirado. Ha realizado varias publicaciones. Sus principales obras son: "The Constitutional History and Law of Sierra Leone" (1961-1995), "The Criminal Law of Sierra Leone, American Criminal Procedures" (en co-autoría) y "Universal Jurisdiction: The Sierra Leone Profile".

Desarrollo de un sistema de justicia juvenil 'focalizado en las soluciones' en Nueva Zelanda

Juez Tony J
Fitzgerald*



Este artículo es un seguimiento del artículo del juez Fitzgerald publicado en la *Crónica* de enero de 2016, *Neuro-disabilities and Youth offending – New Zealand (Neurodiscapacidades y delincuencia juvenil en Nueva Zelanda)*. En el presente artículo, se describen los cambios implementados en el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda en relación con la transversalización de un abordaje multidisciplinario focalizado en las soluciones que pueda promover una justicia terapéutica.

Introducción

Cuando entró en vigencia la Ley de Niños, Jóvenes y sus Familias de 1989 (en adelante, *la Ley*) en noviembre de dicho año, introdujo cambios fundamentales en el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda. Había dos cambios en particular que se destacaban. Uno consistía en no presentar cargos penales contra los jóvenes ni hacerlos comparecer ante el tribunal, en caso de ser posible, y, en cambio, aplicar medidas alternativas administradas por la policía y basadas en instituciones comunitarias. La otra fue usar la Conferencia de Grupo Familiar como un mecanismo de desviación del sistema judicial para evitar que se presenten cargos penales contra los jóvenes y también como el principal mecanismo para tomar decisiones en todos los casos en que un joven comparecía ante el tribunal y no se desestimaban ni se probaban en lo subsiguiente los cargos presentados contra él. La Conferencia de Grupo Familiar proporcionó la oportunidad de adoptar un abordaje de justicia restaurativa, aunque en el momento en que se aprobó la ley no se contempló la teoría de la justicia restaurativa.

Otros aspectos de la Ley han tardado en ser observados e implementados. Algunas disposiciones que se encontraban latentes ahora se han aplicado y se ha dado una nueva mirada a otras disposiciones en respuesta a los desafíos que ha estado enfrentando el tribunal. Como resultado, ha habido algunos cambios significativos en los abordajes que está tomando el tribunal. En particular, ha aumentado la consciencia sobre el rango y la complejidad de los temas subyacentes a la delincuencia de los jóvenes que comparecen ante el tribunal, lo que requiere nuevas estrategias y un abordaje más coordinado entre organismos. En consecuencia, en los últimos años se han creado algunos tribunales especializados. La evolución de los abordajes que han estado adoptando dichos tribunales hizo que ahora algunos tribunales ordinarios estén empezando a operar, esencialmente, como tribunales focalizados en las soluciones, con un equipo multidisciplinario de profesionales de varios organismos trabajando en forma conjunta.

Lo que en Nueva Zelanda llamamos tribunales *focalizados en las soluciones* y en los Estados Unidos llaman tribunales *de resolución de problemas* surgió como evolución de los tribunales de drogas creados en los Estados Unidos a fines de la década de 1980. La mayoría de los componentes clave que caracterizan a dichos tribunales están presentes ahora en todos los tribunales juveniles ordinarios de Auckland y en algunos otros tribunales juveniles del país¹. Se podría afirmar que los únicos componentes faltantes son las pruebas de consumo de drogas (componente 5) y las evaluaciones (componente 8).

¹ Douglas B Marlowe (eds) y Juez William G Meyer *The Drug Court Judicial Benchbook* (National Drug Court Institute, Alexandria, Virginia, Estados Unidos de América, 2011), p. 217. Los componentes clave son: 1) integración de los servicios de tratamiento del tribunal con la tramitación de casos en el sistema judicial; 2) abordaje no contencioso; la fiscalía y la defensa deben promover la seguridad pública y a la vez proteger los derechos de los participantes al debido proceso; 3) los participantes elegibles deben ser identificados en forma temprana y ser derivados sin demoras al programa; 4) los tribunales deben proporcionar acceso continuo a servicios de tratamiento y rehabilitación; 5) se debe controlar la abstinencia mediante pruebas frecuentes de alcohol y otras drogas en sangre; 6) debe haber una estrategia coordinada que regule las respuestas del tribunal al cumplimiento por parte de los participantes; 7) es fundamental la interacción judicial constante con cada participante; 8) se deben realizar monitoreos y evaluaciones que midan la consecución de los objetivos del programa y determinen su eficacia; 9) se debe garantizar educación interdisciplinaria continua para promover una planificación, implementación y operación judicial eficaces; 10) se deben forjar vínculos de cooperación entre los tribunales, los organismos públicos y las organizaciones comunitarias, ya que esto genera apoyo local y aumenta la eficacia del trabajo de los tribunales.

Los primeros tribunales de drogas de los Estados Unidos estaban comenzando a funcionar en el momento de entrada en vigencia de la Ley en Nueva Zelanda, es decir que es improbable que la legislatura conociera el concepto de abordaje focalizado en las soluciones en ese momento. No obstante, desde la entrada en vigencia de la Ley, sus disposiciones han apuntado a que el tribunal adopte lo que ahora llamamos un abordaje focalizado en las soluciones. Una de estas es el requisito legal de trabajar en forma conjunta y cooperativa con otros organismos involucrados en la prestación de servicios para jóvenes y sus familias².

Por esta razón, tanto el abordaje de la justicia restaurativa adoptado en las Conferencias de Grupo Familiar como el abordaje focalizado en las soluciones establecido en la Ley eran innovadores y esclarecedores en el momento de entrada en vigencia de la Ley. Ambos se han convertido en partes importantes del proceso del tribunal juvenil y también, más recientemente, del tribunal de distrito de Nueva Zelanda. El juez principal del tribunal juvenil John Walker y su Grupo Asesor tienen claro que la dirección correcta para el tribunal juvenil es continuar desarrollando el abordaje focalizado en las soluciones para que pase a ser el modelo estándar en todos los tribunales juveniles.

El lugar del tribunal juvenil en el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda

La Ley regula el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda, incluido el tribunal juvenil, que es una división especializada del tribunal de distrito. En consonancia con la naturaleza especializada del tribunal, la Ley exige que los jueces designados para trabajar allí sean idóneos en virtud de su formación, experiencia, personalidad y comprensión de la relevancia e importancia de diferentes perspectivas y valores culturales³. Se aplican disposiciones similares a la designación de los defensores letrados (es decir, los abogados) que representarán a los jóvenes⁴ y los defensores legos⁵.

La creación de los tribunales rangatahi y pasifika⁶ fue el catalizador para llevar a la práctica finalmente el importante rol de los defensores legos, pero los defensores legos ahora también son miembros claves del equipo en los tribunales

ordinarios. Las funciones principales de un defensor lego son:⁷

- asegurarse de que el tribunal esté al tanto de todos los aspectos culturales relevantes para el proceso; y
- representar los intereses del whanau (familiares o allegados), el hapu (clan o grupo de descendencia) y la iwi (tribu) del niño o joven en la medida en que dichos intereses no estén representados de otra manera.

Otros organismos involucrados en el sistema de justicia juvenil también cuentan con personal especialmente capacitado y calificado. Por ejemplo, la policía tiene una sección especializada de asistencia a jóvenes que está totalmente focalizada en la delincuencia juvenil. De manera similar, los organismos de protección infantil (de Niños, Jóvenes y Familia) cuentan con trabajadores sociales dedicados a la justicia juvenil.

En los últimos cuatro años, el Ministro de Salud ha incrementado el personal de los servicios forenses juveniles regionales a más del doble en todo el país, por lo que ahora se le proporciona un representante forense a cada tribunal juvenil del país. Esto es el resultado de la asignación de una partida gubernamental de \$NZ 33.000.000 en el presupuesto de 2011 para el desarrollo de servicios forenses juveniles para abordar problemas de salud mental y consumo de alcohol y otras drogas.

El Ministerio de Educación ahora asigna oficiales de enseñanza a ocho de los tribunales juveniles más grandes del país, y a cinco tribunales rangatahi. Es probable que en el futuro próximo se incremente la cantidad de oficiales de enseñanza para cubrir todos los tribunales juveniles principales. Entretanto, otros siete tribunales reciben informes escritos de enseñanza de todos los jóvenes que comparecen ante ellos.

Además de estos organismos, también hay varias organizaciones no gubernamentales que ofrecen programas terapéuticos basados en la evidencia específicamente para jóvenes y sus familias, como Odyssey House, Youth Horizon y Youth Link.

Cualquier análisis del tribunal en sí mismo requiere una contextualización del lugar que ocupa en el sistema de justicia juvenil. Aproximadamente el 80% de los jóvenes⁸ que delinquen no son acusados penalmente ni son llevados a juicio. En cambio, sus casos son

² Artículo 4(g).

³ Artículo 435.

⁴ Artículo 323.

⁵ Artículo 326.

⁶ Los tribunales rangatahi y pasifika se describirán detalladamente en un artículo futuro. En resumen, los tribunales rangatahi están diseñados principalmente para abordar los casos de jóvenes maoríes y los tribunales pasifika para lidiar con los jóvenes de las islas del Pacífico, aunque todos los jóvenes que delinquen son elegibles para estos tribunales, independientemente de su raza, etnia o género. Estos tribunales aplican los mismos objetivos y principios de la Ley que los tribunales juveniles ordinarios además de implementar un proceso adaptado al contexto cultural y un mayor respeto por el principio de legalidad.

⁷ Artículo 327.

Las referencias hechas aquí a "jóvenes" y "jóvenes delincuentes" incluyen aquellos niños que, desde el 1 de octubre de 2010, pueden ser acusados y llevados ante la Corte de Jóvenes. Un "joven" tiene entre catorce y dieciséis años inclusive. Un niño delincuente, en lo que respecta a la comparecencia ante el Tribunal de la Juventud, es un niño de doce o trece años que es acusado de un delito con una pena máxima de catorce años de prisión o diez años si ha ofendido anteriormente (De una manera seria). Véase la sección 272.

abordados en la comunidad por los oficiales de Asistencia Juvenil de la policía, quienes aplican medidas alternativas. Ese grupo del 80% comete aproximadamente el 20% de todos los delitos. La mayoría de ellos son a menudo desistosos⁹ que es improbable que continúen delinquiendo en la adultez. Del 20% restante que son acusados penalmente y son llevados a juicio, una parte son también desistosos. El resto (aproximadamente del 5 al 15%), son generalmente llamados persistentes¹⁰.

Los persistentes en general provienen de entornos multiproblemáticos y han estado expuestos a numerosos factores de riesgo relacionados con la delincuencia a temprana edad¹⁰. Que sean llevados a juicio indica de por sí que enfrentan cargos graves y/o son reincidentes, y hay un complejo rango de problemas subyacentes a su conducta delictiva que el tribunal debe garantizar que se aborden. Este grupo ocupa gran parte del tiempo del tribunal y los recursos de todos los organismos involucrados. Algunas características comunes de este grupo son las siguientes:

- aproximadamente el 81% son de género masculino;
- el 92% ha sido sometido a alguna forma de maltrato emocional, físico y/o sexual (en comparación con el 7% en la población general);
- el 81% experimentó problemas de salud física graves, el 53% recibió servicios psicológicos y el 21% fue internado en establecimientos psiquiátricos;
- hasta un 70-80% tienen problemas con el alcohol u otras drogas (mayormente alcohol y cannabis);
- se estima que hasta un 70% no asiste a la escuela o ni siquiera está inscripto en una escuela secundaria. La falta de inscripción es más el problema que la inasistencia.
- Muchos sufren algún trastorno psicológico, especialmente trastornos de la conducta, y demuestran poco remordimiento o empatía hacia la víctima, y muchos tienen una neurodiscapacidad¹¹.

Este énfasis en no presentar cargos penales contra los jóvenes que delinquen, y aplicar respuestas alternativas administradas por la policía en la medida de lo posible, es uno de los dos pilares centrales de la Ley. El otro es utilizar

la Conferencia de Grupo Familiar tanto como mecanismo para desviar a los jóvenes del sistema judicial evitando la acusación penal y como principal mecanismo para tomar decisiones sobre todos los cargos presentados en el tribunal que no son desestimados o probados en lo subsiguiente. También se hace énfasis en la importancia de involucrar y empoderar a la familia y al grupo familiar en todas las decisiones e intervenciones.

Marco legal para los tribunales juveniles focalizados en las soluciones

La Ley contiene objetivos, además de principios generales y específicos para los jóvenes, que deben guiar el abordaje tomado para ejercer los poderes que ésta otorga. Hay dos aspectos particularmente relevantes en la contextualización de cómo opera el tribunal y cómo se debería planificar el trabajo. El primero es el requisito de garantizar que se reconozcan las necesidades de los jóvenes¹² y se aborden las causas subyacentes a su conducta delictiva¹³.

El segundo es el énfasis en garantizar que se tomen en forma oportuna las decisiones que afectan a los jóvenes. Un principio clave de la Ley es que dichas decisiones deben tomarse e implementarse, siempre que sea posible, dentro de un marco de tiempo adecuado para el sentido del tiempo del joven¹⁴. Esto no solo está incluido como principio general, sino que es un tema importante que atraviesa todas las disposiciones de justicia juvenil.

Por ejemplo, los jóvenes arrestados o bajo custodia deben ser citados para comparecer ante el tribunal *juvenil* lo antes posible (énfasis en *juvenil* agregado)¹⁵.

Hay marcos de tiempo estrictos establecidos para programar y realizar las Conferencias de Grupo Familiar¹⁶. No respetar los marcos de tiempo obligatorios para programar una Conferencia de Grupo Familiar¹⁷ hace que el tribunal pierda la jurisdicción para tratar el caso¹⁸. No respetar los plazos en el contexto de una Conferencia de

⁹ Alison Cleland y Khylee Quince, *Youth Justice in Aotearoa New Zealand: Law, Policy and Critique* (Lexis Nexis, Wellington, 2014) p. 48.

¹⁰ Cleland y Quince, nota 9, p. 49.

¹¹ Nathan Hughes y otros *Nobody made the connection; the prevalence of neurodisability in young people who offend* (Office of the Children's Commissioner for England, October 2012). Agradezco al Dr. Russell Wills, el Comisionado de Nueva Zelanda para los Niños, Dr. John Crawshaw, Director de Servicios de Salud Mental y Dr. Ian Lambie, Profesor Adjunto de Psicología, Auckland por su asesoramiento para este trabajo. Ver también la Crónica de enero de 2016.

¹² El artículo 4 enumera los objetivos de la Ley, que incluyen en el inciso 4(f): Garantizar que los niños o jóvenes que delinquen: (i) sean responsabilizadas por sus actos y sean alentadas a aceptar la responsabilidad por su conducta; y (ii) sean tratados de una manera que reconozca sus necesidades y les dé la oportunidad de desarrollarse de manera responsable, beneficiosa y socialmente aceptable.

¹³ El artículo 208 establece los principios de la justicia juvenil. En el inciso 208(fa) se define que [el tribunal] se debe guiar por el principio de que: cualquier medida para lidiar con la conducta delictiva de un niño o joven debe abordar en la mayor medida posible las causas subyacentes a su conducta.

¹⁴ Artículo 5(f).

¹⁵ Artículo 237. Este artículo precede, pero equivale, al requisito establecido en el art. 23(3) de la Ley de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990 de que las personas arrestadas deben comparecer lo antes posible ante un tribunal o juzgado competente.

¹⁶ Artículo 249.

¹⁷ Artículo 247(b).

¹⁸ *H v Police* [1999] NZFLR 966.

Grupo Familiar¹⁹ dirigida por un tribunal puede derivar en la desestimación del cargo²⁰.

Si el tiempo que transcurre entre el momento en que se comete el presunto delito y la audiencia se prolonga en forma innecesaria o indebida, es posible que el cargo sea desestimado²¹. También hay plazos estrictos para la detención de jóvenes bajo cuidado de seguridad en una residencia cerrada de justicia juvenil²². Esto consiste, en efecto, en colocar a un joven en confinamiento solitario durante un período de tiempo limitado cuando los riesgos de que dicho joven se fugue o cause daños físicos, mentales o emocionales, ya sea a sí mismo o a terceros, lo justifican.

El tribunal (y los abogados) deben explicarle al joven la naturaleza del proceso de una manera y con un lenguaje que éste pueda entender y deben verificar de manera suficiente que el joven comprenda la información²³ y, cuando sea necesario y adecuado, alentar y ayudar al joven a participar en el proceso en la medida apropiada para su edad y nivel de madurez²⁴. Los principios generales y específicos de la justicia juvenil también ponen énfasis en la necesidad de involucrar y fortalecer a la familia en el proceso, la toma de decisiones y los resultados. Esta es otra característica de la Ley que diferencia al proceso de justicia juvenil del sistema para adultos (donde se asume que quienes delinquen son autónomos e individualmente responsables por sus acciones). En conformidad con estos principios, las audiencias en la sala del tribunal incluyen habitualmente a los familiares inmediatos y a la familia extendida.

El alcance del desafío que representan estas obligaciones particulares para el tribunal solo ha empezado a hacerse visible en el último tiempo con el aumento de la consciencia sobre la prevalencia de neurodiscapacidades en los jóvenes que delinquen y el impacto que esto tiene en sus habilidades de comprensión y comunicación.

Estos requisitos legales se ven reforzados por las obligaciones que tenemos en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño²⁵, que Nueva Zelanda ratificó en marzo de 1993, y las Reglas de Beijing²⁶, ya que ambas ponen énfasis en el derecho de los jóvenes al debido proceso, a no estar detenidos en espera del juicio salvo como medida de último recurso, y en tal caso solo durante el período más

breve que proceda²⁷, y a que sus casos sean dirimidos sin demora²⁸.

En función de nuestro conocimiento acerca de la sobrerrepresentación maorí en el tribunal y la gran cantidad de jóvenes llevados a juicio que tienen neurodiscapacidades, podemos decir que los siguientes instrumentos también son relevantes y deben ser tenidos en cuenta: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁹ (la "Declaración sobre Pueblos Indígenas"), con adhesión a la Declaración por parte de Nueva Zelanda en abril de 2010; y la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades³⁰ (la "Convención sobre Personas con Discapacidades"), ratificada por Nueva Zelanda el 30 de marzo de 2007. Debido a la prevalencia de neurodiscapacidades y lo que sabemos ahora sobre los trastornos de comunicación asociados, se deben tomar medidas prácticas y eficaces para cumplir con estas obligaciones.

A lo largo de los últimos trece años, el tribunal juvenil, particularmente en Auckland, ha intentado responder a estos desafíos legales de diversas maneras. El tribunal juvenil de drogas de Christchurch comenzó a funcionar en 2002; el Grupo de Monitoreo Intensivo en Auckland en 2007, el primer kooti rangatahi en Gisborne en 2008, el primer tribunal pasifika en Auckland en 2010, las listas cruzadas en todos los tribunales grandes del área metropolitana de Auckland desde 2012³¹, y en los últimos años ha habido desarrollos en el tribunal juvenil ordinario que lo han hecho evolucionar hacia, esencialmente, un tribunal focalizado en las soluciones. El Grupo de Monitoreo Intensivo proporcionó la base para el abordaje multidisciplinario focalizado en las soluciones que se implementa ahora en el tribunal juvenil ordinario, y que se describe en la siguiente sección.

El Grupo de Monitoreo Intensivo y las reformas subsiguientes al tribunal juvenil ordinario

²⁷ CNUDN, art. 37(b).

²⁸ CNUDN, art. 40.2(b)(3).

²⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas GA Res. 61/295, LXI A/RES/61/295 (2007).

³⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2515 UNTS 3 (abierta a la firma el 30 de marzo de 2007, entrada en vigencia el 3 de mayo de 2008).

³¹ Las listas cruzadas (crossover lists) se utilizan para la coordinación de procesos ante el tribunal juvenil que involucran a jóvenes que también requieren procesos de cuidado y protección. Estas listas no son un tribunal aparte, sino una parte de la actividad principal del tribunal, con los casos que se programan juntos en determinado momento para permitir la coordinación. Los jueces de tribunales juveniles que son también jueces de tribunales de familia presiden estas listas para que se puedan emitir órdenes e instrucciones en relación tanto con el sistema de justicia juvenil como con los procesos de cuidado y protección.

¹⁹ Section 247(d).

²⁰ Police v V [2006] NZFLR 1057.

²¹ Artículo 322.

²² Artículo 370.

²³ Artículo 10.

²⁴ Artículo 11.

²⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 1577 UNTS 3 (abierta a la firma el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigencia el 2 de septiembre de 1990).

²⁶ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores A/RES/40/33 (1985).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El Grupo de Monitoreo Intensivo operó en Auckland de 2007 a 2014 para abordar los casos de jóvenes con riesgo de reincidencia de moderado a alto, que también tenían problemas de salud mentales de moderados a graves y/o dependencia del alcohol u otras drogas. El abordaje adoptado era significativamente diferente del proceso ordinario convencional. En primer lugar, se realizaba una reunión previa del equipo de profesionales, y en segundo lugar, los jóvenes comparecían ante el tribunal más tarde el mismo día.

En 2007 y 2008 se realizó una evaluación inicial³². De los 85 jóvenes evaluados para el estudio, 43 (50,5%) reunían los criterios de problemas de salud mental de moderados a graves y/o dependencia del alcohol u otras drogas, y 39 (90,5%) de ellos recibieron un diagnóstico formal de salud mental³³. Los resultados de la evaluación determinaron que la reducción en el riesgo de reincidencia de los jóvenes que participaron en el Grupo de Monitoreo Intensivo fue de un 38%, en comparación con una reducción del 14% en el riesgo general en el grupo de control³⁴.

El Grupo de Monitoreo Intensivo ya no opera como un tribunal separado, independiente porque, en efecto, el proceso ha sido adoptado cada vez más por el tribunal juvenil ordinario con el objetivo de que todos los tribunales juveniles operen de esa forma en el futuro.

Ya no se requiere una reunión previa por separado en Auckland (y muchos de los tribunales juveniles más grandes del país) porque ahora hay representantes de los cinco organismos gubernamentales principales presentes en la sala de audiencias en los días de operación habitual del tribunal ordinario. Hay representantes del Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda, la Policía, el Ministerio de Desarrollo Social (niños, jóvenes y sus familias), el Ministerio de Salud, y el Ministerio de Educación presentes. Este es el modelo estándar que se espera aplicar pronto en todos los tribunales juveniles del país.

Ahora la disposición de las salas está organizada en forma de herradura en todos los tribunales donde es físicamente posible hacerlo. Sentados en la herradura están los familiares y/o las demás personas que acompañan al joven, quien debe estar de pie o sentado, según lo indique el juez. También participan representantes de los

organismos gubernamentales y están presentes los profesionales involucrados y, en algunos casos, también hay representantes de los proveedores de servicios.



Este abordaje multidisciplinario y coordinado entre organismos es coherente con el objetivo de la Ley, que es fomentar y promover la cooperación entre las organizaciones involucradas en la prestación de servicios para el beneficio de los niños, los jóvenes y sus familias y grupos familiares³⁵.

Planificación y asignación del tiempo en el Tribunal Juvenil y orientaciones a futuro

En relación con los problemas planteados en este artículo, actualmente se está prestando cuidadosa atención a aspectos tales como la forma en que se planifica el trabajo en el tribunal y la cantidad de tiempo asignado a los casos. Esto es importante para que los jóvenes puedan comparecer ante un juez de tribunal juvenil lo antes posible después del arresto y tiene en cuenta la naturaleza seria, compleja y especializada del trabajo que realiza el tribunal juvenil.

La planificación y asignación de tiempo se deben realizar teniendo cuidadosamente en cuenta el hecho de que el tribunal debe poder cumplir con sus obligaciones legales y de otro tipo con respecto a:

- la adhesión a los marcos de tiempo reglamentarios;
- el trato con los jóvenes que se encuentran bajo custodia, en todos los aspectos, incluidas las revisiones regulares en el Tribunal de los jóvenes que se encuentran bajo custodia y las visitas a las residencias para atender las solicitudes de reclusión en instituciones cerradas; y
- la comunicación adecuada con todos los jóvenes que comparecen ante el Tribunal, teniendo en cuenta lo que sabemos sobre el alto porcentaje de dichos jóvenes que tienen trastornos de la comunicación y otras neurodiscapacidades.

Además, la planificación y la asignación del tiempo son necesarias para garantizar que el tribunal juvenil pueda:

³² Nicholas Mooney (Predicting offending within the New Zealand Youth Justice system: evaluating measures of risk, need and psychopathy) (Tesis doctoral, Massey University, 2010).

³³ These diagnoses included conduct disorder, oppositional defiant disorder, attention deficit hyperactivity disorder, pervasive developmental disorder, mood disorders, substance abuse and substance dependant disorders.

³⁴ Jóvenes con el mismo perfil, de otros tribunales, cuyos casos son abordados a través de otras opciones de disposición.

³⁵ Artículo 4(g).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

- consultar a todos los miembros de los equipos judiciales focalizados en las soluciones que se encuentran presentes;
- lidiar con la volatilidad de los flujos de trabajo, incluidos los arrestos y las transferencias de otros Tribunales;
- encontrar una cantidad de tiempo adecuada, dentro del marco de tiempo estipulado, para evaluar y determinar el trabajo sustantivo complejo;
- administrar algunos de los casos más complejos para garantizar una definición más oportuna de los procesos que a menudo involucran a los más vulnerables de los jóvenes que comparecen ante el Tribunal; y
- abordar cada caso en el tribunal más cercano al lugar donde residen el joven y su familia.
- Los tribunales rangatahi y pasifika, así como las listas cruzadas y el Grupo de Monitoreo Intensivo anteriormente, apuntan a tener citas de 30 minutos. Asignar 30 minutos es el resultado de descubrir a través de la experiencia cuánto tiempo se necesita para abordar el trabajo adecuadamente. Las evaluaciones obtenidas en relación con dichos tribunales también indican los efectos positivos de tomarse el tiempo necesario para hacer el trabajo adecuadamente.

También se requiere tiempo para dedicarles a todos los profesionales presentes, a las comparecencias iniciales de los jóvenes y a la comparecencia siguiente a una Conferencia de Grupo Familiar cuando hay un plan de Conferencias de Grupo Familiar que se debe tener en cuenta.

En dichas comparecencias, se requiere suficiente tiempo para:

- interactuar adecuadamente con el o la joven y con su familia inmediata y extendida;
- escuchar al defensor letrado del joven, el defensor lego, el fiscal, el oficial de enseñanza y el representante forense; y
- ocuparse de redactar el expediente y completar los requisitos administrativos básicos.

También se necesita tiempo suficiente para lectura y preparación, se debe reservar tiempo para los casos complejos, y debe haber mayor flexibilidad en las audiencias para adaptarse a las necesidades de los jóvenes vulnerables, que requieren más tiempo, más explicaciones y más recesos.

Es importante señalar que se está trabajando para establecer mejores prácticas y procesos para la prestación de servicios forenses en todos los tribunales del país. Esto incluye revisar las herramientas de evaluación y los procesos usados, y el alcance y la puntualidad de los informes.

También se están introduciendo mejores maneras de identificar a los jóvenes que tienen dificultades

de comunicación y discapacidades de aprendizaje para adaptarse a sus necesidades. Eso incluye revisar la forma en que se les comunica la información a los jóvenes y modificar el lenguaje usado, así como los procesos judiciales. También se está gestionando la designación de profesionales calificados e idóneos para que actúen como asistentes de comunicación para los jóvenes que necesitan esa clase de ayuda para poder participar adecuadamente en los procesos de justicia juvenil, incluso durante interrogatorios policiales, Conferencias de Grupo Familiar y comparecencias ante el tribunal.

Juez Tony Fitzgerald*, Tribunal de Distrito, Nueva Zelanda.

Centros Socio-Jurídicos de Defensa: un modelo para efectivizar los derechos de los niños

Anna Tomasi



Introduction

Para que los derechos tengan significado, deben existir remedios efectivos disponibles, para enmendar las violaciones.¹

Defensa del Niño Internacional (DNI) es una organización internacional no-gubernamental que ha estado promoviendo y protegiendo los derechos de los niños en los niveles local, regional y global desde 1979 (Año Internacional del Niño). Estuvo inicialmente involucrada en la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), alcanzó en 1993 estatus consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y realizó varios aportes por intermedio de las diferentes agencias de las Naciones Unidas. Actualmente DNI tiene más de 45 secciones nacionales en el mundo (en África, Medio Oriente, Asia-Oceanía, América y Europa).

Mientras se compromete en varias áreas de los derechos de la infancia (tales como violencia contra los niños, niños afectados por conflictos armados, tráfico de niños, niños migrantes) el foco temático del movimiento de DNI es la justicia para los niños. DNI ha crecido hasta convertirse en la ONG a la que acudir por su liderazgo, su experiencia y el conocimiento técnico sobre la Justicia para los Niños, a través de su persistente trabajo a lo largo de las últimas tres décadas. Este trabajo incluye la redacción de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (1985), el seguimiento de la Observación General Nro. 10 sobre Justicia Juvenil (2007) del CDN, y la dirección y coordinación de la campaña sobre un

Estudio Global de las Naciones Unidas sobre Niños Privados de la Libertad².

Por intermedio de sus secciones nacionales en el mundo; DNI fundó los Centros socio-jurídicos de Defensa (SLDCs) que proveen a los niños de la oportunidad de acceder a la justicia y obtener remedios judiciales. Los Centros SLD promueven pro-activamente la protección de los derechos humanos del niño de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), particularmente con sus principios fundamentales: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la participación del niño.

En este artículo, DNI presenta un modelo general de Centros SLD diseñado en base a los distintos centros que operan a nivel local a través de sus secciones nacionales. Este modelo puede ser aplicado en los diferentes contextos culturales mundiales.

Enfoque de los Centros Socio-Jurídicos de Defensa (SLDCs)

El trabajo de estos Centros consiste en ofrecer activamente a los niños el acceso a la justicia y brindar para ello, la necesaria ayuda socio-jurídica de calidad, como la provisión de información, derivación a otros servicios, asesoramiento y representación legal i inclusive ante los tribunales. El Centro SLD es un lugar en el que los niños (personas menores de 18 años de edad), así como los adultos que afrontan violaciones a los derechos de los niños pueden ingresar a un ambiente acogedor, en el que se pueden informar sobre violaciones a los derechos del niño o amenazas si es el caso) y obtener asistencia profesional enfocada en los niños. Los Centros SLD actúan como importantes puntos de referencia para el Sistema judicial nacional y como adecuados servicios legales y sociales, para aquellos países en que estos servicios no existen.

Los Centros SLD aseguran que los niños tomen un rol protagónico en sus propias vidas, y que no sean solamente sujetos pasivos, en las decisiones que les conciernen. De esta forma los Centros ponen en acción los principios de inclusión e interés superior del niño de la CDN.³ Definir el interés superior del niño sigue siendo subjetivo, porque las variables de cada niño dependen de factores internos (físicos y psicológicos) y externos (estilo de vida, personales circunstancias familiares). Los

1 Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), Observación No.5 sobre Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003)

2 Véase: <https://childrendeprivedofliberty.info>

3 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), artículos 3 y 12

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Centros SLDC proporcionan un marco holístico para ayudar a asegurar que el interés superior del niño sea tenido en cuenta por las instituciones y autoridades que toman las decisiones.

Determinar el interés superior del niño importa un proceso de evaluación y de equilibra elementos con la ayuda de los equipos multidisciplinarios de los Centros y la directa participación del niño.

El equipo multidisciplinario del Centro trata de construir una relación de confianza, necesaria para ayudar a empoderar al niño. Cuando el niño no quiere participar, su voluntad debe ser respetada. El acceso a los Centros es una preocupación, ya que los niños en situación de vulnerabilidad van a tener dificultades para acercarse a estos Centros. Por lo tanto es preciso que el Centro tenga un enfoque proactivo para llegar a los grupos marginalizados y residentes en zonas rurales.

El principio de inclusión o participación importa considerar al niño como un sujeto activo y titular de derechos y no como un mero receptor indirecto. El nivel de participación dependerá de las capacidades del niño. El artículo 2 de la CDN establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos. El derecho a ser escuchado implica la obligación de escuchar, extremo asegurado por el modelo del Centro SLD, así como la de facilitar su activa y adecuada participación, que en última instancia conduce al empoderamiento y apropiación de sus derechos.

Nivel Individual – Defensa del caso

En el nivel individual, sobre la base del caso a caso, el Centro SLD informa al niño (víctima, imputado o testigo) sobre sus derechos humanos y asegura que éstos puedan ser ejercidos con efectividad al proveer asistencia relevante. Un Centro SLD proporciona asistencia legal a través de un abogado o un paralegal, que es especialista en derechos del niño, en forma gratuita (el profesional recibe el pago de sus servicios mediante el sistema de ayuda jurídica). De esta forma, los niños participan activamente en las decisiones que les conciernen, y reciben en forma legal y amigable información sobre todos los aspectos de su situación (el procedimiento legal, el rol y la función de los distintos actores involucrados en el proceso legal, etc.). El niño puede también brindar información y expresar como quisiera ser defendido, empoderándolo sobre su propia defensa (por ejemplo declararse culpable o no culpable)

Los Centros SLD van más allá de la ayuda legal para asegurar un enfoque holístico centrado en el niño, al incluir a profesionales de diferentes disciplinas (por ejemplo: social, educativa, psicológica). Esto significa que los Centros SLD aplican un enfoque del niño en contexto en la administración del caso. El equipo multidisciplinario del Centro es crucial para

obtener un conocimiento holístico del niño y garantizar la aplicación de los principios del interés superior del niño y de inclusión, para construir una solución justa y empoderar al niño.

Siempre que resulte posible, el Centro involucra a los padres para que puedan cumplir plenamente con su obligación de proteger y educar a su hija/o.⁴

Nivel Colectivo – Abogacía Social

En el nivel colectivo de la abogacía social, los centros SLD crean una sociedad amigable con los niños que proporciona protección y posibilidades de empoderamiento para los niños, junto con un Sistema nacional de leyes y servicios que respetan y protegen sus derechos. El Centro SLD alienta cambios sociales estructurales promoviendo la adopción de leyes, políticas y prácticas específicas para los derechos de los niños y que resguardan los estándares legales internacionales. A través de la abogacía basada en esas prácticas, los Centros SLD formulan propuestas y crean capacidad para mejorar la situación de los niños en su propio medio ambiente apelando a las autoridades cuando sus derechos no son respetados en su totalidad. Los centros SLD fortalecen la capacidad de las autoridades de aplicar los derechos humanos básicos en beneficio de todos los niños. Mediante los casos testigo y las decisiones que marcan hitos, los Centros SLD cuestionan las violaciones de los derechos de los niños, obligando a las autoridades a cumplir con sus obligaciones y creando así importantes precedentes para lograr mejorar gradualmente la situación general de los niños.

Los Centros SLD son frecuentemente los primeros en identificar sistemáticamente las violaciones de los derechos de los niños, llamando la atención pública y buscando la forma de hacer cesar dichas violaciones. Conducen investigaciones, publican informes, siguen de cerca el desarrollo de los casos estratégicos en los tribunales, proporcionan servicios de abogacía y negocian para lograr los cambios necesarios en las leyes y en las políticas. Los Centros también contribuyen con los sistemas de información en el marco de los distintos mecanismos del Sistema internacional de derechos humanos para monitorear la aplicación de los derechos, colaborando con el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, con el Consejo de Derechos Humanos, con los informes periódicos universales y otros mecanismos de derechos humanos existentes a nivel regional.

Por lo tanto, como servicios centralizados en el niño, los servicios de los Centros SLD están en la mejor posición de informar y formar al gobierno y al público en general (niños y adultos a la par) sobre los derechos de los niños.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN), Artículos 3 y 5.

Los Centros SLD interceden para una mejora de las políticas, leyes y prácticas inherentes a la protección de los niños, identificando violaciones (políticas de protección de derechos) y la falta de servicios e instituciones necesarias (política de sistematización).

Elements formatives

Los Centros SLD dirigidos por las secciones nacionales de DNI alrededor del mundo tienen características comunes de las que se puede extrapolar elementos formativos para ser usados con el fin de crear centros que luego se adaptarán a los específicos contextos locales.

Estas secciones nacionales son organizaciones no gubernamentales con base local y por lo tanto entidades independientes. Idealmente, los Centros SLD deberían tener estatus legal (por ejemplo a través de un Memorando de Entendimiento acordado entre las diferentes oficinas ministeriales), ya que estos Centros a menudo terminan coordinando y actuando como un sistema de referencia para la protección de los niños dentro de un país.

Las Secciones Nacionales de DNI usualmente están descentralizadas y logran llegar a zonas rurales y permitir el acceso de los grupos excluidos (por ejemplo en el caso de los niños no escolarizados).

Los típicos equipos de los Centros incluyen a trabajadores sociales y abogados, aunque psicólogos, educadores y otros profesionales pueden también formar parte de los equipos para asegurar un enfoque más integral. El equipo multidisciplinario está específicamente formado en derechos de los niños, justicia juvenil, la normativa aplicable a los niños así como en los distintos aspectos relacionados con la protección y bienestar de la infancia. La formación es permanente y las prácticas son compartidas con otros profesionales que trabajan en la misma área.

Además del asesoramiento legal, la mediación y conciliación, se puede instalar la posibilidad de remitir a los niños a otros servicios, de acuerdo a sus necesidades específicas (salud, educación, etc.) Es crucial que exista una efectiva coordinación entre todos los actores y que se implementen acciones adecuadas en orden a asegurar que el niño y sus derechos sean protegidos, respetados y ejercidos concretamente.

El Centro SLD registra todos los casos y datos recibidos, que sirven como un importante mecanismo de monitorio, mapeo y seguimiento. La información sobre las pruebas colectadas puede ser usada para influir en las políticas del Estado y para informar a los gobiernos. Además, los Centros SLD pueden, en base a la información específica sobre casos o tendencias detectadas, funcionar como think-tank (usina de pensamiento).

Los Centros SLD también sirven como entidades preventivas: empoderando a los niños mediante la provisión de información y educación sobre sus derechos humanos, que es un componente importante dentro de sus actividades, así como asegurar la efectiva participación del niño. Los niños son bienvenidos en estos Centros sin importar si sus derechos humanos han sido violados o no. El despertar conciencia sobre los derechos de los niños es parte de la clave de las actividades de los Centros, que pueden operar en un sistema de detección temprano y actuar proactivamente para impedir violaciones en los derechos del niño.

Desafíos Potenciales

La financiación puede ser un desafío, no solo en lo atinente a encontrar donantes sino también en cuanto a asegurar que la asignación de recursos sea adecuadamente canalizada hacia la efectiva protección de los niños. Idealmente debería haber una multiplicidad de donantes y de estrategias a este fin (por ejemplo la responsabilidad social del sector privado). La sustentabilidad de los Centros SLD es un tema que está más ligado a impedimentos políticos que a la falta de contribución económica.

Una falta de efectiva e integral coordinación puede ser también un obstáculo. Los Centros SLD tiene un importante desafío en la coordinación de todo el rango de actividades a nivel local y nacional: la defensa del caso, la defensa colectiva, el monitoreo y recolección de datos, etc. Además, la coordinación integra dos aspectos: 1) externo, en relación a un abanico de actores involucrados en la protección del niño, cuando el Centro opera como sistema de referencia o mecanismo de detección; 2) interno, entre las organizaciones de la sociedad civil. En su rol de coordinación, el Centro SLD debe buscar crear alianzas y aumentar el alcance de su intervención al máximo para asegurar un enfoque holístico que sea efectivo en la protección del niño.

La formación especializada del equipo (interno) de los Centros SLD y la de los profesionales del Sistema público de protección del niño en su totalidad (externo) debe ser continua. Los programas de educación de la Universidad y de los niveles superiores carecen de áreas importantes de capacitación sobre el tema, por lo tanto la capacitación continua y especializada es una cuestión clave.

Las barreras socio-culturales pueden también representar un obstáculo en el Sistema informal de justicia, el en muchos países es utilizado en mayor medida que el sistema formal.

La determinación de la edad de las víctimas es una cuestión con la que se pueden encontrar los Centros SLD, por lo tanto el registro de los nacimientos debe ser incorporado a la lista de tareas de los Centros.

El gobierno es un socio clave en la provisión de efectiva protección al niño y tiene una importante influencia en la adecuada asignación de recursos estatales. Sin embargo lidiar con el Estado es diferente en los distintos países. En ciertos casos, la sociedad civil se ve forzada a adoptar un rol más agresivo como guardianes y en otros un rol más positivo complementando la labor estatal.

Justicia amigable para los niños

Los Centros SLD, mediante la defensa colectiva, buscan lograr cambios estructurales dentro del Sistema de justicia. Todos los sistemas de justicia deberían tener procedimientos accesibles y amigables para los niños, que tengan en cuenta los derechos de los niños y que los provean de información y asistencia legal mientras garantizan su interés superior y su participación. Los Centros SLD también abogan por una formación sistemática en derechos de los niños para profesionales (como jueces, oficiales de policía, abogados, voluntarios y líderes comunitarios).

A este fin, los Centros utilizan las Directrices de Acción para niños en el Sistema de Justicia en África que fueron desarrolladas en el contexto de la Conferencia Global sobre Justicia para los Niños que tuvo lugar entre los días 7 y 8 de noviembre de 2011, en Kampala (Uganda), organizada por Defensa del Niño Internacional y el Foro Africano de Políticas para los Niños. Las Directrices apuntan a informar sobre las reformas legales para implementar integralmente los estándares internacionales sobre justicia para los niños y coordinar acciones entre los diversos actores que integran los sistemas formales e informales en África. Las Directrices han sido también adoptadas por el Comité Africano de Expertos en Derechos y Bienestar del Niño de la Unión Africana.

Los Centros SLD también se refieren a las Directrices sobre una Justicia amigable para los niños, recientemente adoptadas por el Consejo de Europa para el establecimiento de un Sistema de justicia que responda a las necesidades específicas de los niños, con la mirada puesta en asegurar a los niños el efectivo y adecuado acceso a la justicia así como la forma de trato en los tribunales. Tales instrumentos alientan la creación de un Sistema de justicia que trabaje con y para los niños y que equilibre apropiadamente su intervención con la de los Centros SLD.

Una justicia amigable para los niños garantiza la participación del niño y asegura que el mismo sea consultado y escuchado en todos los procesos que lo involucren y afectan y que su interés superior sea una consideración primordial.

Los profesionales involucrados son entrenados específicamente en derechos de los niños y cooperan exhaustivamente para asegurar una apropiada asistencia multidisciplinaria. Los derechos de los niños deben ser asegurados sin ninguna clase de discriminación y el principio del debido proceso es aplicable plenamente a los niños tal como se aplica a los adultos. Los elementos del debido proceso (legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, juicio justo, asistencia legal, acceso a mecanismos independientes e imparciales de reclamo) deben ser garantizados y bajo ningún concepto minimizados sobre la base del interés superior del niño. La información y el asesoramiento sobre sus derechos, el Sistema de justicia, las medidas disponibles y otras cuestiones similares, deben ser proporcionados a los niños involucrados con el Sistema de justicia., incluyendo todos los sistemas de justicia sean penales, civiles, administrativos o militares. La confidencialidad debe ser garantizada con respecto a los informes y documentos existentes en los tribunales, que contengan información personal o sensible sobre el niño.

Conclusion

Los principios rectores de la CDN incluyen la no discriminación (art. 2); la consideración del interés superior del niño (art. 3); el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6); y el derecho a participar (art. 12). Estos principios representan los recaudos básicos para que todos los otros derechos humanos puedan ejercerse. Tal es el alcance del objetivo de los Centros SLD de efectivizar los derechos del niño en forma concreta y eficaz. El enfoque multidisciplinario de los Centros SLD y del niño en su contexto es apropiado, considerando la condición de los niños como sujetos dependientes en cierta medida y en consecuencia vulnerables, en proceso de desarrollo de sus capacidades. Otro aspecto importante del modelo de los Centros es su independencia del Estado, que deviene crucial cuando negocian para una reforma sistemática social, legal y en las políticas en asuntos concernientes a los niños.

Los Centros SLD son puentes entre el discurso sobre los derechos de los niños y las prácticas reales. Este modelo debería ser ampliamente apoyado a nivel internacional especialmente a través del trabajo de Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Anna Tomasi es coordinadora de abogacía en Defensa del Niño Internacional (DNI) y Secretariado Internacional, Ginebra
anna.tomasi@defenceforchildren.org

**La magistratura en el fuero juvenil:
desafíos y oportunidades**

**Fiona Abbott JP
y Hannah Couchman**



Fiona Abbott JP



Hannah Couchman

La Asociación de Magistrados y el Comité de Tribunales Juveniles

La Asociación de Magistrados (MA, por sus siglas en inglés), es una organización sin fines de lucro que cuenta con aproximadamente 16.000 miembros en Inglaterra y Gales. La mayor parte de nuestros miembros son magistrados en actividad, aunque también contamos con varios miembros ya retirados de la actividad pero activos en nuestra organización y miembros adherentes (personas que trabajan dentro y fuera del sistema judicial y están interesadas en brindar su apoyo a la magistratura). Nuestra tarea consiste en brindar información, asesoramiento y apoyo a nuestros miembros y también representamos a los magistrados promoviendo el rol de la magistratura dentro del sistema judicial general.

La Asociación de Magistrados, fundada en 1921, fue creada con el fin de promover una sólida administración de la ley. Esto significa que brindamos apoyo a los magistrados en el desempeño de su rol como voluntarios especialmente seleccionados y designados para actuar en la administración de justicia. La Asociación brinda su apoyo a los magistrados para abordar todos los asuntos en forma justa y efectiva y por el bien de la justicia. Además, tiene un rol político más amplio, que consiste en garantizar que las voces de los magistrados sean escuchadas en relación con las posibles implicancias de los cambios en la legislación o en las políticas. Como administradores de justicia, nuestros miembros deben aplicar la legislación vigente en el país, pero como organización sin fines de lucro, constituimos un recurso útil para que los responsables de la toma de decisiones analicen la implementación del derecho y

mantengan un sistema justo, efectivo y accesible para todos.

En Inglaterra y Gales, los magistrados (colectivamente denominados *la magistratura*), son miembros de la comunidad local designados por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra y Gales (*Lord Chief Justice of England and Wales*). Los magistrados, (también denominados Jueces de Paz y autorizados al uso de las letras posnominales JP), no son remunerados y tienen una gran diversidad de antecedentes y profesiones. El cargo de Juez de Paz tiene sus orígenes en el Siglo XII. Estos magistrados atienden la mayoría de los casos penales que involucran a adultos (aproximadamente el 95%), casi todos los casos penales que involucran a niños, exceptuando los casos más graves, y algunos casos de familia.

Todos los casos penales que involucran a niños de entre 10 y 17 años se inician en el Tribunal Juvenil, un tipo especial de Tribunal de Magistrados para niños. Es menos formal que los tribunales de adultos y ha sido diseñado para facilitar la comprensión de los niños de lo que está ocurriendo de modo que se sientan menos intimidados por el entorno. Los niños son llamados por su nombre, el juez o los magistrados hablan directamente con el niño y con sus padres o tutores, y el niño puede hacer preguntas. En los casos de delitos graves, como homicidio o violación, el juicio se inicia en el Tribunal Juvenil, se abordan primero cuestiones tales como la fianza y luego se deriva el caso a una Corte de la Corona para que el juicio sea llevado por un juez y por un jurado cuando corresponde aplicar una pena privativa de la libertad de más de dos años.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

El Comité de los Tribunales Juveniles de la MA (YCC, por sus siglas en inglés) está compuesto por once jueces juveniles experimentados que trabajan bajo la conducción de su Presidente, Fiona Abbott JP. El YCC asesora a la Junta de Políticas de la MA en los temas relacionados con el sistema de justicia juvenil. La MA también cuenta con una Directora de Políticas e Investigación que se especializa en temas juveniles, y parte de su función es apoyar el trabajo del YCC haciendo presentaciones en eventos y actuando como enlace con otros organismos relevantes, como por ejemplo el Ministerio de Justicia y el Consejo de Justicia Juvenil. El sistema de justicia juvenil en Inglaterra y Gales es independiente y actúa separadamente del sistema de justicia de adultos, con sus propias estructuras legales, sus propias metas y objetivos. Al determinar la pena de niños y jóvenes, como se establece en la publicación *Overarching Principles - Sentencing Youths*¹, el Tribunal Juvenil debe tener en cuenta el objetivo principal del sistema de justicia juvenil: prevenir la delincuencia de los niños y los jóvenes y preservar el bienestar del acusado.

Este trabajo contribuye a que la MA pueda comprender mejor las dificultades particulares que enfrentan los magistrados del fuero juvenil, quienes regularmente deben tratar con algunos de los niños y jóvenes más vulnerables de nuestra sociedad. Esto es vital para garantizar que los magistrados de jóvenes puedan tener presentes las diversas y complejas necesidades que presenta generalmente esta cohorte y dar respuesta a ellas.

Mantener un alto nivel de competencia en una función judicial voluntaria

Los magistrados están altamente capacitados, y los que desean integrar el Tribunal Juvenil también deben recibir capacitación adicional para adquirir las habilidades específicas necesarias para trabajar con niños y jóvenes. El procedimiento inicial de solicitud para ingresar como magistrado requiere completar un formulario y luego pasar por dos rigurosas entrevistas. Un requisito obligatorio para los postulantes es que hayan visitado un Tribunal de Magistrados para observar los procedimientos por lo menos una vez antes de presentar la solicitud, y además deben presentar tres referencias. En general, los magistrados son seleccionados por una red de 47 comités asesores locales que cubren las áreas geográficas relevantes. Cuando se selecciona a un nuevo magistrado, el proceso de formación comienza con una capacitación inicial, que incluye prestar servicio en un tribunal junto con otros dos magistrados experimentados.

Cada nuevo magistrado tiene un mentor especialmente entrenado para guiarlo durante los primeros meses de servicio.

Luego siguen seis sesiones con acompañamiento formal del mentor durante los primeros 12 a 18 meses, durante las cuales el nuevo magistrado evalúa su aprendizaje y puede identificar otras necesidades de aprendizaje y conversar al respecto.

Durante este primer año recibe capacitación adicional, realiza visitas a instituciones penales y observaciones para adquirir los conocimientos que necesitará para llevar a cabo sus funciones. A cada magistrado se le entrega un libro de texto para poder profundizar sus conocimientos que además contiene orientación y ejercicios prácticos sobre todos los asuntos, desde preguntas abiertas hasta ejercicios estructurados sobre toma de decisiones.

Al finalizar el primer año se trabaja en la consolidación de lo aprendido durante las sesiones y el trabajo con textos. Esta capacitación fue diseñada para ayudar a los magistrados a planificar su formación continua y a prepararse para la primera evaluación, que se lleva a cabo de 12 a 18 meses después de su designación. Otro magistrado especialmente entrenado acompaña a los magistrados en sus funciones, evaluando el desempeño del nuevo magistrado en función de un marco de competencias, que es de dominio público.

Si el nuevo magistrado aprueba esta parte de la evaluación, se lo considera competente. No obstante, los magistrados continúan formándose durante toda su carrera. Se llevan a cabo evaluaciones cada tres años para garantizar que los magistrados mantengan su competencia en cualquier jurisdicción en la que se desempeñen. Se les brinda capacitación actualizada sobre la nueva legislación y los nuevos procedimientos en la medida necesaria, y cada nuevo paso en el rol del magistrado es acompañado por capacitación en contenidos mínimos. Los magistrados también participan de evaluaciones después de las sesiones, en las que otros colegas, entre los que puede estar su asesor legal, les hacen una devolución sobre su desempeño. En este proceso se identifican las necesidades de aprendizaje y se reflexiona sobre cómo se podrían satisfacer dichas necesidades, informándoles las necesidades identificadas a los asistentes de los jueces o al gerente de capacitación.

Recién una vez que se ha determinado su competencia, los magistrados pueden postularse para roles más especializados, como asumir una presidencia o integrar un Tribunal Juvenil o de Familia. Si los magistrados aprueban la solicitud para ingresar como magistrado juvenil, reciben capacitación adicional en las habilidades que necesitan para este fuero. Las competencias específicas requeridas para los magistrados

¹ Sentencing Council. 2009. *Overarching Principles - Sentencing Youths*. Disponible en: https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/web_overarching_principles_sentencing_youths.pdf [Accessed January 2017]

juveniles son amplias y se basan en las competencias que se exigen para los magistrados que integran los tribunales de adultos.

Estas competencias comprenden la necesidad de contemplar el bienestar de los jóvenes que comparecen ante el tribunal y tener conocimiento de los problemas socio-psicológicos específicos que exhiben los jóvenes que delinquen (por ej., patrones de delincuencia juvenil y causas de conductas delictivas y antisociales) y de los principales objetivos del sistema de justicia juvenil (que son diferentes de los de los sistemas de adultos). Los magistrados juveniles trabajan en un sistema de justicia juvenil que apunta a prevenir el delito y la reincidencia mediante la intervención temprana efectiva, con énfasis en la reparación, la justicia restaurativa y la reducción de demoras. Los magistrados juveniles también deben tener total comprensión de los principios rectores detallados en *Overarching Principles - Sentencing Youths*² y de las pautas que se aplican para determinados delitos. La aplicación experta de estas pautas permite un abordaje uniforme que minimiza la posibilidad de que se produzcan injusticias y de que se tomen en cuenta factores irrelevantes en la toma de decisiones, y a su vez garantiza la flexibilidad y discrecionalidad suficientes para que los responsables de aplicar la sentencia respondan a las circunstancias individuales de cada joven. La aplicación de sentencias juveniles debe ser un proceso flexible que permita crear un sentido de responsabilidad para con los otros y promover la reintegración en lugar de castigar. Este enfoque contribuye a promover y a mantener la confianza en el proceso judicial.

Los capítulos locales de la MA ofrecen sesiones de capacitación sobre el contexto y de concientización, frecuentemente orientada a cuestiones de importancia a nivel local. La MA también trabaja para promover la capacitación de calidad a nivel nacional. El Comité de Capacitación de la MA se dedica a garantizar la mejora continua en la formación de los magistrados para que sean lo más efectivos que se pueda en su función. El Comité de Capacitación trabajó recientemente en colaboración con el Escuela Judicial (la organización responsable de la capacitación de todos los jueces en Inglaterra y Gales) para desarrollar capacitaciones interactivas en habilidades de comunicación con los jóvenes, entre las que se incluyen videos de casos judiciales simulados en los que se invita a los magistrados a identificar ejemplos de buenas prácticas y áreas para mejorar. La capacitación refleja las vulnerabilidades particulares de los niños y los jóvenes, entre las que se encuentran los problemas de comunicación, además de posibles respuestas a vulnerabilidades específicas, como las dificultades en el habla y el dominio del idioma.

También se invita a los magistrados a considerar cómo manejar estos problemas con sensibilidad, de una forma que permita cumplir con el objetivo de los Tribunales Juveniles de crear un entorno menos formal.

El trabajo con jóvenes vulnerables y el proceso de los Tribunales Juveniles

Durante los últimos diez años se ha emprendido un esfuerzo conjunto de todas las partes involucradas en el sistema de justicia juvenil para promover la intervención temprana y ofrecer medidas alternativas para evitar la judicialización de los niños. La policía y los servicios de respuesta a la delincuencia juvenil han tratado de abordar la comisión de delitos leves por parte de los niños de manera informal. Esto ha llevado a una significativa reducción de la cantidad de jóvenes que ingresan al sistema de justicia juvenil, así como de la cantidad de jóvenes menores de 18 años que se encuentran detenidos bajo custodia². En la medida en que se deriva a más niños a otros sistemas para evitar que ingresen al sistema de justicia juvenil, es más probable que aquellos que sí ingresan tengan problemas serios y complejos. Los magistrados juveniles enfrentan el desafío de imponer una sentencia que pueda ayudar a los jóvenes a abordar estas necesidades, brindándoles una oportunidad de rehabilitación. Los magistrados juveniles tienen pleno conocimiento de la importancia de abordar los problemas subyacentes que pueden conducir a la delincuencia a la brevedad posible a fin de asegurarse de que los niños accedan a las mejores posibilidades de transformar su vida. Los magistrados juveniles deben tener muy en cuenta las recomendaciones de los Equipos de Delincuencia Juvenil, que requieren un trabajo coordinado entre diversos organismos para responder a las necesidades específicas de cada joven, promoviendo mejoras positivas en la educación, el bienestar y la salud que puedan contribuir a la rehabilitación.

En el actual contexto de digitalización del sistema judicial, se torna cada vez más importante considerar las necesidades y vulnerabilidades específicas de los niños. Por ejemplo, el uso de tecnología de videoconferencia puede producir importantes repercusiones en los casos en los que el acusado es un niño. La MA participa en el grupo de trabajo del Ministerio de Justicia sobre la tecnología de videoconferencia, y ha trabajado intensamente para resistir la posición de "digital por defecto" en los Tribunales Juveniles. La MA reconoce la vulnerabilidad y las necesidades especiales de comunicación de los niños, entre las que se cuentan las dificultades del habla y del

² Ministerio de Justicia. 2015. Youth Justice Statistics 2013/2014. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/399379/youth-justice-annual-stats-13-14.pdf [Consultado en enero de 2017]

uso del lenguaje, y toma la posición de que los niños siempre deben comparecer en persona, a menos que existan circunstancias excepcionales. En los casos de excepción, todas las partes relevantes deben acordar que declarar por video favorece el interés superior del niño, y el funcionario judicial debe ser quien tome la decisión final sobre este tema. Esto enfatiza la importancia del rol que tienen los magistrados juveniles en la evaluación de la información que se presenta ante el tribunal para tomar una decisión informada que esté alineada con el interés superior del niño.

Algunos problemas planteados sobre el Tribunal Juvenil

Como se mencionó más arriba, los principios primarios que subyacen al sistema de justicia juvenil son el bienestar y la rehabilitación del niño, siempre asignando importancia primordial al interés superior del niño. Una forma de preservar el interés superior del niño es garantizar la privacidad de las audiencias del Tribunal Juvenil. A diferencia de los tribunales de primera instancia de adultos, en el tribunal juvenil no se permite la presencia del público y existen significativas restricciones para el acceso de los medios. Una consecuencia de esto es que, salvo aquellos que trabajan dentro del sistema, la población tenga una comprensión limitada de cómo funciona el sistema de justicia juvenil y las estructuras y procesos que alberga. Además, por su carácter de funcionarios judiciales, los magistrados tienen fuertes restricciones respecto de lo que pueden decir a la prensa o a otros medios sobre su trabajo. Por este motivo, puede ser difícil para los magistrados juveniles hacer comentarios públicos sobre las cuestiones importantes relativas a la justicia juvenil o aún rebatir suposiciones incorrectas sobre el trabajo que llevan a cabo. Uno de los roles de la MA es asegurarse de que el público y otros actores importantes estén informados sobre la magistratura y sobre el trabajo específico de los Tribunales Juveniles. En el resto de este artículo, resaltamos algunos de los principales desafíos que enfrenta actualmente el sistema de justicia juvenil y cómo responde la MA a dichos desafíos.

Alta proporción de niños negros, asiáticos y de minorías étnicas bajo reclusión

Uno de los desafíos que enfrentamos dentro del sistema de justicia juvenil es el de la alta proporción de niños negros, asiáticos y de minorías étnicas en reclusión. En enero de 2016, el Primer Ministro solicitó al miembro del parlamento Honorable David Lammy que llevara a cabo un estudio independiente, patrocinado por el Ministerio de Justicia, para investigar el trato hacia las minorías y los resultados de los casos que involucran a personas pertenecientes a minorías en el Sistema de Justicia Penal de Inglaterra y Gales, incluidos los casos juveniles.

Las conclusiones, publicadas recientemente, muestran que los integrantes de minorías que delinquen tienen mayores probabilidades de ir a prisión por determinados tipos de delitos.

Por supuesto que aún resta investigar más, estudiar el efecto de la desproporcionalidad inicial en las etapas subsiguientes del sistema, controlar la gravedad del delito, la complejidad de los casos, los antecedentes delictivos y otros aspectos. No obstante, la MA está comprometida con su objetivo fundamental, que apunta a los objetivos inherentes a un sistema de justicia juvenil justo y equitativo. Recientemente hemos promovido un diálogo abierto y honesto sobre este sesgo inconsciente. Los estudios demuestran que las personas pueden estar conscientemente comprometidas con la equidad, y trabajar deliberadamente para comportarse sin prejuicios, y aún así poseer prejuicios o estereotipos negativos ocultos. El sesgo inconsciente es un elemento lamentable en el sistema de justicia penal en general, y la MA intenta trabajar conjuntamente con otras organizaciones relevantes para generar conciencia sobre el problema, promover el compromiso en forma proactiva y compartir ideas y buenas prácticas para combatirlo.

La MA también tiene conocimiento de diversos debates sobre algunos problemas socioeconómicos y políticos muy complejos que constituyen sin duda elementos vitales en el debate amplio sobre la desproporcionalidad. Rob Berkeley, director de Runnymede Trust, señala que el debate sobre el racismo en el sistema de justicia penal debe incluir una forma de abordar las mayores inequidades estructurales que delinean la estructura de oportunidades para cometer delitos³. Como él señala, las inequidades en el campo de la educación, el trabajo, la salud, la vivienda y la posibilidad de hacerse oír, constituyen una barrera en la forma en que la raza influye en la justicia penal. Si pretendemos cambiar el patrón de inequidades raciales en el sistema de justicia penal, también tenemos que estar atentos a los patrones generales de inequidad (racial, de género y de clase) y construir las coaliciones y asociaciones necesarias para abordarlos⁴.

En lo que respecta a las sentencias en particular, la MA comparte sus inquietudes respecto de la cantidad de condenas de reclusión impartidas a niños pertenecientes a las minorías en comparación con los niños blancos, y estamos abiertos al debate sobre cómo resolver esta inequidad. Una forma de hacerlo es analizar las necesidades de capacitación.

³ Runnymede Perspectives. 2012. Criminal Justice v. Racial Justice: Minority ethnic overrepresentation in the criminal justice system. Runnymede Trust. Disponible en: <http://www.runnymedetrust.org/uploads/publications/pdfs/CriminalJusticeVRacialJustice-2012.pdf> [Accessed January 2017]

⁴ Ibid.

Todos los magistrados reciben una capacitación inicial para identificar y combatir el sesgo inconsciente, pero la MA está analizando si sería beneficioso establecer sesiones regulares de seguimiento para todos los magistrados. Los magistrados, al igual que todos los funcionarios judiciales, deben aplicar la ley en forma justa y objetiva, independientemente del origen étnico de la persona que tienen delante. Una parte importante de la capacitación que reciben los magistrados está orientada a promover el conocimiento del contexto social en el que operan. Esto, por supuesto, incluye tener conciencia sobre los problemas de diversidad. Los magistrados también reciben capacitados específicos para tomar decisiones sin sesgo y explorar su propio sesgo inconsciente.

La Escuela Judicial tiene un Manual de Tratamiento Igualitario en los Tribunales para ayudar a los funcionarios judiciales a tratar de forma justa a todas las personas. El Manual está complementado con un libro de ejercicios. Estos recursos se focalizan en los marcos de diversidad, en entender las diferencias entre estereotipos y discriminación y en cómo esto se puede cuestionar y abordar (y qué hacer si las intervenciones son ignoradas), utilizando el lenguaje apropiado, recibiendo feedback, identificando la necesidad de entender los antecedentes y el uso apropiado e indebido del conocimiento de antecedentes de los grupos minoritarios, de las comunidades étnicas y de la exclusión social. Los magistrados han sido educados para identificar quién puede estar en desventaja, y de qué manera, durante el proceso judicial, qué mecanismos y dispositivos están disponibles para los tribunales para minimizar las desventajas, la forma en el que el idioma puede crear barreras para la comprensión y la forma en que la sala del público de tribunales puede inhibir la participación de las partes del proceso.

Finalmente, el tribunal sólo puede tratar los casos que se le presentan. Los magistrados toman decisiones únicamente sobre delito individual del caso que reciben, basándose en la información que les proporciona la policía, el servicio de la fiscalía de la corona y los Equipos de Delincuencia Juvenil. De acuerdo con la división de poderes, no es el tribunal el que debe tomar una postura respecto de si debe haber una acusación o qué cargos se deben presentar. En ese sentido, son los magistrados quienes deben focalizarse en la parte del sistema de justicia penal de la que tienen control, garantizando de este modo un proceso judicial justo y pronunciando sentencias apropiadas y efectivas.

Si bien todos los magistrados reciben capacitación sobre los sesgos inconscientes, hemos estado trabajando con el Grupo de Capacitación y Emprendimientos de la población Negra (BTEG, por sus siglas en inglés), para analizar capacitaciones adicionales específicas y promover este tema como algo que todos los magistrados deben conocer y abordar en forma activa.

Diversidad judicial

Un tema conectado con el desafío de la desproporción en la representación de las minorías étnicas es el de la diversidad dentro del propio poder judicial. La MA entiende que la percepción de falta de diversidad dentro del poder judicial podría socavar la confianza del público en el sistema. Los propios magistrados representan el área con mayor diversidad dentro del sistema judicial, dado que el 10% de los magistrados provienen de los grupos minoritarios (el 14% de la población de Inglaterra y Gales pertenece a comunidades BAME⁵). También vale la pena señalar que en Inglaterra y Gales los magistrados manejan la gran mayoría de los casos dentro del sistema de justicia penal, incluidos los casos que involucran a jóvenes. Por supuesto, la diversidad étnica de quienes trabajan en el sistema de justicia juvenil no debería tener ningún peso en los resultados para las personas de la comunidad BAME que delinquen, pero se ha identificado una cuestión de percepción sobre el nivel de equidad procesal, lo que se ha demostrado que está relacionado con la confianza que se deposita en el propio proceso. No obstante, garantizar que todas las partes perciban que hay equidad en el proceso puede ser independiente de la diversidad que existe en el grupo de magistrados que entiende en el caso, y la MA tiene la voluntad de promover todos los demás mecanismos existentes para promover percepciones positivas de los magistrados como personas imparciales en la toma de decisiones judiciales. Por ejemplo, podemos trabajar para generar confianza en la independencia de los responsables de la toma de decisiones difundiendo ejemplos de sentencias objetivas y presentándoles explicaciones claras de las decisiones tomadas a todas las partes relevantes.

En lo que respecta a alentar una mayor diversidad en la composición de la magistratura en el futuro, los integrantes de la MA sugieren que es importante concientizar al público sobre el rol de los magistrados, sus obligaciones y su contribución a la sociedad.

⁵ Oficina Nacional de Estadísticas. 2011 [últimos datos]. Ethnicity and National Identity in England and Wales: 2011. Disponible en: <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/culturalidentity/ethnicity/articles/ethnicityandnationalidentityinenglandandwales/2012-12-11#ethnicity-in-england-and-wales> [Accessed January 2017]

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

La MA viene implementando con mucho éxito y desde hace tiempo el proyecto Magistrados en la Comunidad (MIC, por sus siglas en inglés), que comprende visitas a agrupaciones de la comunidad, escuelas y otras organizaciones para promover y explicar el rol de la magistratura. Este proyecto es financiado por la MA y, como tal, por nuestros miembros, y por este motivo se hace difícil ampliar su alcance, pero comprendemos el valor de llevar el proyecto MIC a los destinatarios que actualmente se encuentran sobrerrepresentados en la magistratura, lo que permite crear mayor conciencia sobre el trabajo de los magistrados y sobre el rol vital que desempeñan en la comunidad.

Conclusión

Estos son momentos de cambio y de oportunidades para la justicia juvenil en Inglaterra y Gales. Por ejemplo, la reciente Revisión Taylor del sistema de justicia juvenil ⁶ hace recomendaciones sobre una reforma profunda del sistema de justicia juvenil que comprende los temas de descentralización (*devolution*), tribunales, sentencias y reclusión. La MA trabajará para realizar consultas y brindar apoyo a nuestros miembros mientras el sistema de justicia juvenil continúa desarrollándose, trabajando siempre en pos de la justicia y de promover el objetivo primordial de prevenir la reincidencia, colocando el bienestar del niño en el centro del proceso de imposición de sentencias.

Fiona Abbott JP, Presidente del Comité de Tribunales Juveniles.

Hannah Couchman, Directora de Políticas e Investigación (Tribunales de Menores y Familias).

⁶ Taylor, Charlie. 2016. Review of the Youth Justice System. Ministerio de Justicia. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/577103/youth-justice-annual-stats-13-14.pdf [Consultado en enero de 2017]

Vivere -- Protege a las personas en riesgo de muerte por una discriminación inaceptable

Bernard Boëton*



ñ Acción directa para reestablecer el derecho a la vida de las personas en riesgo de ser privadas del mismo por una discriminación inaceptable ñ(é) Comprender, actuar rápidamente: no ignorar las llamadas de auxilio, incluso las silenciosas, cada persona multiplica, cada persona es única. No pasar de una indiferencia generalizada a otra violentamente individual. Retornar a lo universal cuando el mundo debe entrar en ebullición por una causa justa ñ

(Carta de Vivere)

Campaña por la abolición de la pena de muerte y la prisión perpetua para los niños

* Niños: menores de 18 años de edad al momento de la comisión del delito.

Considerando que un niño se define por la capacidad relativa de discernir, de expresarse y de defenderse, las normas internacionales de la justicia juvenil, ampliamente ratificadas por la mayor parte de los países del mundo, prohíben la pena capital y la prisión a perpetuidad para los niños, cualquiera sea la gravedad de los delitos cometidos. De conformidad con el artículo 37 de la Convención sobre los derechos del niño (1989): Los Estados Partes velarán para que: a) ningún niño sea sometido a torturas, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua, sin posibilidad de excarcelación, por delitos cometidos por menores de 18 años de edad

La condena y la ejecución de la pena de muerte y la prisión perpetua hacia los niños (al momento del delito) son ilegítimas. Ninguna costumbre, justificación religiosa o de otro tipo, puede prevalecer sobre las convenciones y los instrumentos internacionales ratificados por los Estados. La acción de Vivere reforzará también, en la medida de sus posibilidades, las campañas y coaliciones existentes para la abolición de la pena de muerte y la prisión perpetua en general en miras a aumentar la formación y la inversión específicas en relación a los derechos y las normas relativas a una justicia para los niños.

Con el fuerte aporte de organizaciones referentes tales como CRIN ¹ (2) y otras fuentes de información fiables, Vivere se compromete en esta campaña, en consulta permanente con todas las organizaciones e instancias competentes.

Hechos y cifras

La pena de muerte es aplicable todavía a niños, al menos en 13 países² (1). En algunos de ellos no se aplica en concreto y en otros, a pesar que han ratificado los instrumentos jurídicos internacionales, legitiman la aplicación de esta pena por la prevalencia de las costumbres, los procedimientos tradicionales o religiosos por encima del derecho penal. La pena de prisión perpetua está prevista para los niños, sea explícitamente o no, en más de 70 países, y en consecuencia no puede en principio ser considerada como algo raro o excepcional.

La prisión perpetua puede resultar de una imposibilidad legal de liberación o también, de facto, de una indeterminación sobre la duración de la detención. En todos los casos, el niño es susceptible de ser encarcelado a perpetuidad (é)

Objetivos y resultados esperados

A fines de diciembre de 2022 los países cuyas legislaciones todavía establezcan la pena capital y/o prevean la prisión perpetua (sin posibilidad de excarcelación) para los niños deberán abolir de sus legislaciones los artículos pertinentes. De lo contrario los mismos serán explícitamente prohibidos tomando las medidas que permitan verificar el cumplimiento de la prohibición en sus territorios.

Durante este intervalo, Vivere pide una moratoria, con efecto inmediato, sobre las sentencias de pena capital o a prisión perpetua hacia los niños, en espera de juzgamiento como sobre su aplicación luego del juicio, no como medida humanitaria solamente sino desde la perspectiva de la abolición legal, explícita y definitiva de estas penas, por aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales que los Estados han firmado y ratificado.

Estas penas deben ser conmutadas o reemplazadas en penas y medidas y medidas diseñadas y aplicadas en miras a la reintegración del niño en su comunidad y de conformidad con el artículo 6 de la Convención sobre los derechos del niño:

ñL. Los Estados Parte reconocen que todo niño tienen el derecho inherente a la vida.

¹ Red Internacional de los Derechos del Niño (CRIN) <https://www.crin.org> (Ver en ñSentencias inhumanas para niñosñ)

² Arabia Saudita, Brunei Darussalam, Emiratos Árabes Unidos, República Democrática Popular de Laos, Malasia, Maldivas, Nigeria, Pakistán, Catar, Somalia, Tonga, Yemen

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

2. Los Estados Parte garantizarán, en la mayor medida, posible la supervivencia y el desarrollo del niño

En cada país, Vivere escuchará a los actores de la sociedad civil, en relación a estas realidades, para sostener y reforzar su acción de manera adaptada a cada contexto específico e incluyendo el nivel internacional, de ser necesario. En todas las circunstancias la acción Vivere será animada por un doble deseo de eficacia y de seguridad para las personas involucradas y/o que contribuyen.

Esta campaña apunta también a brindar justicia a los niños y a los jóvenes en el mundo, ante penas anacrónicas y contrarias a la ley. Ella está animada por un núcleo de voluntarios con base en Suiza, que aprovechan su experiencia profesional en la promoción de los derechos del niño, especialmente en referencia a las normas e instrumentos internacionales en materia de justicia juvenil, y con un espíritu de estricta neutralidad política y religiosa. Ninguna fuerza es irrisoria en esta lucha por el derecho a la vida. Todos los apoyos son bienvenidos: jurídicos, financieros, competencias en redes sociales, en traducciones, etc.

Vivere busca garantizar el presupuesto del primer año de funcionamiento calculado en CHF 8000 (Euros 7 200).

Para toda información complementaria, consultar en el sitio de Vivere: www.vivere.ch/en

Contacto Mike Hoffman, fundador y coordinador de Vivere: contact@vivere.ch

Asociación Vivere- Av. d 'Yvedon 7-CH-1004- La Asociación Lausanne no tiene fines de lucro.

Se rige por el artículo 60 y siguientes del Código Civil, es política y religiosamente independiente, reconocida como asociación de interés público.

Premio en Derechos del Hombre de la República Francesa, mención especial, 2007.

CCP (Suiza) 17-709-738-6 Transferencia Bancaria. Banco Cantonal Vaudoise- Lausanne IBAN_ CH8200767000209956529- Swift/BIC BCVLCH2LXXX

**Informe anual de la Representante Especial Jueza Patricia Klentak*
del Secretario General de las Naciones
Unidas sobre Violencia contra los Niños**



High Time to Stop Violence Against Children
2016 | *The Countdown to 2030 has started!*
UN Study on Violence Against Children +10

La Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, Marta Santos Pais, presentó ante la Asamblea General de Naciones Unidas su Informe anual basado en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible y su meta relativa a poner fin a todas las formas de violencia contra los niños.

El Informe proporciona una visión general sobre las principales iniciativas y acciones desarrolladas para mantener y ampliar los esfuerzos encaminados a proteger a los niños de la violencia.

El texto que sigue es un extracto del mismo, que contiene sus Principales Recomendaciones y sus Perspectivas de Futuro. El informe completo se encuentra disponible en: <http://srsg.violenceagainstchildren.org/category/document-type/srsg-reports>

Principales Recomendaciones

La conferencia destacó importantes recomendaciones, tanto sobre la privación de la libertad como medida de último recurso como sobre los mecanismos nacionales de monitoreo y supervisión para los lugares de detención:

La privación de la libertad no debería usarse nunca como último recurso para suplir tanto la inexistencia de un sistema de protección de la infancia como que dicho sistema sea débil. Si en circunstancias excepcionales se priva lícitamente de libertad a un niño, debería respetarse su derecho de impugnar la legitimidad jurídica de esa situación ante un tribunal para que se pronuncie al respecto a la mayor brevedad posible. Se deberá determinar la duración de su internamiento en ese momento y se deberían fortalecer las alternativas a la privación de libertad en todas las etapas del proceso, entre otras cosas, mediante enfoques de justicia restaurativa. Además, no se podrá recurrir bajo ninguna circunstancia a la restricción del derecho de libertad del niño para justificar la restricción de

otros derechos, como el derecho a la integridad física y mental, el acceso a la justicia y las garantías procesales y la protección frente a la discriminación, así como el disfrute de los derechos a la educación, la salud o la alimentación adecuada.

Para ser eficaces, los mecanismos de monitoreo y supervisión necesitarán:

a) Un mandato jurídico que garantice su autonomía e independencia. Ya sea a través de la administración o como institución externa, estos mecanismos de vigilancia habrán de establecerse de conformidad con la ley y habrán de gozar de autonomía e independencia funcional, organizativa y financiera, incluso en el nombramiento de sus miembros y la determinación de su viabilidad financiera. Esto es fundamental para desempeñar su mandato sin injerencias, en particular por parte de las autoridades penitenciarias que supervisan la administración de los centros de reclusión;

b) Amplias facultades para garantizar la protección y la seguridad de los niños. Los mecanismos de vigilancia deben tener funciones y responsabilidades bien definidas y facultades amplias que estén establecidas por ley. Estas incluyen el derecho a acceder a lugares de reclusión, incluso mediante visitas sin previo aviso; el derecho a acceder a toda la información necesaria y a solicitar informes antes, durante y después de la inspección y recibir una respuesta a la mayor brevedad posible; el derecho a recibir denuncias directamente de los niños; y el derecho a publicar los resultados de sus inspecciones y sus recomendaciones, evitando que se divulgue información que pueda poner en peligro a los niños. Estos mecanismos deberían contar con los recursos necesarios para poder ejecutar sus funciones con arreglo a unas normas de alta calidad;

c) Un mandato en materia de derechos humanos que sea claro a fin de impedir y encarar los actos de tortura u otras formas de violencia, así como proteger los derechos de los niños privados de libertad, a saber, el derecho a una educación de calidad y a la salud mental y física adecuada, y el derecho a acceder a garantías procesales y salvaguardias legales para participar en los procesos judiciales;

d) Mecanismos de denuncia adaptados a los niños y que tengan en cuenta las cuestiones de edad y de género a fin de guiar su labor. Es fundamental que los niños privados de libertad tengan un acceso fácil y seguro a los sistemas de asesoramiento y denuncia y a los mecanismos de inspección y vigilancia. Estos mecanismos deberían tener en cuenta las opiniones y las experiencias de los niños para identificar y tratar los incidentes de violencia llevando a cabo investigaciones administrativas y penales y determinar la responsabilidad de los autores, y pedir su opinión sobre las dimensiones organizativas y estructurales de los centros de detención, la calidad de los programas y del personal y sobre la salvaguardia de los derechos de los niños, que, de lo contrario, pasarían desapercibidos;

e) El acceso a datos fiables y herramientas estandarizadas de control cualitativo y cuantitativo, que son esenciales para tener un sistema de vigilancia de los lugares de detención preciso y objetivo a fin de orientar reformas estratégicas, jurídicas y normativas y fortalecer un sistema de justicia de menores adaptado a los niños, así como salvaguardar los derechos de los niños privados de libertad. Los datos cualitativos podrán obtenerse de encuestas, entrevistas con niños y con el personal, y evaluaciones individuales y recomendaciones derivadas de las inspecciones. En cuanto a la recopilación de datos cuantitativos, procederán de información desagregada sobre el número de niños privados de libertad, en particular teniendo en cuenta la edad, el género, y el origen nacional y étnico, las instituciones en las que están reclusos y las razones y la duración de su privación de libertad, los tipos de delitos de los que son supuestamente autores y las sanciones impuestas, así como información sobre sus rutinas diarias, el registro del seguimiento disciplinario y de alimentación y los programas de rehabilitación y reintegración; y sobre la asignación de recursos y las medidas de seguridad, como los protocolos de prevención de incendios. Esta información debería basarse en modelos e indicadores estandarizados que permitan determinar los problemas y supervisar los progresos en el conjunto de los centros de privación de libertad y dentro de cada uno en particular.

Perspectivas para el futuro

El informe resalta que en los últimos años, la protección de los niños contra la violencia ha pasado de ser un tema en gran medida olvidado a ser una inquietud mundial. Actualmente, gracias a las normas internacionales de derechos humanos y a la información proporcionada por el estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, se ha fortalecido el compromiso para garantizar la protección y la seguridad de los niños y se tiene cada vez un mayor conocimiento de las formas en que los niños se ven expuestos a la violencia. También se han hecho grandes esfuerzos por movilizar el apoyo nacional a la prevención y la respuesta y por ayudar a cambiar las actitudes y comportamientos que perpetúan la violencia contra los niños.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible promueve un proyecto ambicioso para vivir en un mundo en que las sociedades sean pacíficas, justas e inclusivas y estén libres del temor y de la violencia, e incluye la eliminación de todas las formas de violencia contra los niños como una prioridad clara. El comienzo de la aplicación de esta nueva Agenda durante el año del décimo aniversario del Estudio de las Naciones Unidas marca el inicio de la cuenta atrás más importante para reconducir el mundo hacia un lugar donde todos los niños crezcan sin temor ni violencia, sin dejar a nadie atrás.

Es indispensable aprovechar esta oportunidad histórica para otorgar especial prioridad a la protección de los niños contra la violencia en el marco de la agenda política de cada nación y hacer realidad el ideal de los niños de vivir en un mundo en el que el miedo y la violencia sean parte de un pasado lejano.

La transformación, el talento y el tiempo son nuestro lema: la transformación porque, para conseguir el cambio duradero, la esperanza debe remplazar a la desesperación y la confianza a la desconfianza. Con el uso de la tecnología podemos ampliar nuestra capacidad para adoptar medidas y unir a aquellos que quieren trabajar por lograr el cambio. La determinación y el liderazgo de los Estados, las instituciones, las comunidades y las redes de millones de adultos y niños que están dispuestos a aunar esfuerzos son cruciales para este ambicioso proceso de transformación.

El talento debe estar al servicio de los valores ampliamente compartidos sobre los derechos del niño y al servicio de la sociedad libre de violencia que todos aspiramos a construir. En la cuenta atrás hasta 2030, todo el mundo cuenta y es necesario para superar la repercusión destructiva de la violencia y la exclusión social.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

En lo que respecta al tiempo, no hay lugar para la complacencia. Es imperioso actuar con un profundo sentido de urgencia. Invertir en la prevención de la violencia, proteger la vida y el futuro de los niños y ahorrar los recursos de las naciones es tiempo ganado en la cuenta atrás para conseguir un futuro mejor. La oportunidad para cambiar es demasiado importante como para dejarla escapar.

Finalmente, la Representante Marta Santos Pais afirma que guiada por el imperativo de los derechos humanos de proteger a los niños contra la violencia, por las pruebas reunidas durante los últimos años y por la oportunidad histórica que ofrece la Agenda 2030 para promover un salto cualitativo en los esfuerzos de prevención y respuesta, la Representante Especial reafirma su determinación de movilizar aún más el apoyo y la adopción de medidas a fin de lograr un mundo libre de violencia contra los niños, en estrecha colaboración con los Estados Miembros y otras partes interesadas, especialmente los propios niños.



Jueza Patricia Klentak*, Buenos Aires, Argentina

PREMIO VEILLARD-CYBULSKI 2016

“La experiencia y los protocolos de funcionamiento de la Corte de Rangatahi”

Por el Juez Heemi Taumaunu

1. El trabajo pionero del Juez Heemi Taumaunu, *«La Corte de Rangatahi: experiencia y protocolos de funcionamiento»*, que ha llevado a la creación de los tribunales de Rangatahi, es particularmente interesante e innovador, y se basa en la idea de una justicia «por los Maoris y para los Maoris».
2. El problema abordado reviste gran importancia. Dado que los jóvenes Maorís, estaban presentes ante los tribunales para niños en conflicto con la ley y en los centros de detención, mayoritariamente y de manera desproporcionada, se imponía la necesidad de un abordaje diferente. El Juez Taumaunu ha intercambiado experiencias de las Conferencias obligatorias de los Grupos Familiares para jóvenes delincuentes Maorís.
3. La acción de los Tribunales de Rangatahi se ha revelado muy eficaz y útil. Fue realizada una evaluación profundizada, que apoyó su eficacia en términos de cambios de conducta, no solo del joven delincuente, sino también de su hanau o familia extensa y de su comunidad. La integración de la lengua, los protocolos y las costumbres maorís en las audiencias han reflejado la fuerza de la cultura Maorí. Las identidades individuales y culturales han sido fortalecidas, a la par del respeto al proceso judicial por parte del adolescente y su whanau. Por lo demás, cada vez más comunidades maorís piden y sostienen los tribunales de Rangatahi, que se han acrecentado después de que el Juez Taumaunu estableciera los protocolos. Se han extendidos además a los tribunales de Pasifiki. Esta aceptación por la comunidad es un testimonio de su aprobación por el pueblo maorí.
4. Sabemos que muchos países enfrentan el crecimiento de miembros de minorías étnicas que comparecen ante sus tribunales para adolescentes, y el consiguiente aumento del número de detenidos. Por ello, el Jurado del Premio ha dado una importancia particular a una persona- el Juez Taumaunu i que ha concebido una idea por fuera de los procedimientos habituales para los jóvenes delincuentes de su país, e introdujo un sistema que funciona muy bien para los niños Maorís y sus familias, que se transforman también en actores más que en extrañas a los procedimientos. Este sistema tiene futuro y se encuentra actualmente en pleno funcionamiento
5. En resumen, el Juez Taumaunu ha demostrado durante muchos años cualidades de líder tanto en la elaboración como en la puesta en práctica y el seguimiento de un aspecto muy delicado del sistema de justicia para niños, que tuvo en cuenta las necesidades de los niños Maorís, sabiendo quiénes son y de donde vienen, para llevarlos a cambiar de comportamiento y realizar sus potencialidades, su respeto y su nueva comprensión de la identidad cultural. Se trata de un sistema que favorece la dignidad y la asunción de responsabilidad por parte del adolescente, ayudado por su familia y su comunidad. Familia y comunidad ganan así en consideración y dignidad. Este sistema es una realidad y refleja los principios de una justicia adaptada a los niños, basada sobre la participación, la dignidad, los intereses del niño, la protección contra toda discriminación y el respeto a la ley.

Association Fonds Veillard-Cybulski - c/o IDE
CP 4176 - 1950 Sion 4 i Suisse
Tél. (+41) 27-205.73.03 - Fax (+41) 27-205.73.02
E-mail : veillard-cybulski@childsrighs.org

**DNI-Sierra Leona. Abdul Manaff Kemokai recibe
el Premio "Child 10" en 2016**

Por el Secretariado Internacional de DNI, Ginebra: Sr. Alex Kamarotos (Director Ejecutivo), Sra. Anna D. Tomasi (Coordinadora de Defensa) y Sr. Johan Vigne (Oficial de Proyecto)

Abdul Manaff Kemokai, Director Ejecutivo de Defensa del Niño Internacional (DNI) - Sierra Leona, recibió el premio Child 10 2016.¹ La Fundación de Familia Sophie Stenbeck y Reach for Change han lanzado el Premio Child 10 y la Cumbre, para reconocer, apoyar y conectar a líderes audaces de organizaciones de base que trabajan con soluciones innovadoras para tratar asuntos urgentes para los niños. La edición de este año se dedicó a la cuestión de los **"niños en movimiento"**. El premio se otorga a sólo 10 personas notables.²

El Comité del Premio Child 10 de 2016 honró a Abdul Manaff Kemokai por la tremenda labor realizada por DNI-Sierra Leona a través de sus **Centros de Defensa Socio Jurídica (SLDCs)**. Estos Centros proporcionan asistencia socio-jurídica directa a los niños y aseguran que se les brinde la protección y un adecuado acceso a la justicia. Las intervenciones socio-jurídicas de DNI siguen un enfoque integral basado en los derechos del niño, en función de la edad y del género, que permite que el servicio responda mejor a las necesidades específicas de los niños, en particular los que viven en la calle y huyen de sus hogares y de otras situaciones de violencia.

DNI señala que se han logrado avances en la lucha contra la violencia y la explotación de los niños en Sierra Leona. Estos temas actualmente tienen mayor presencia en la agenda política y los esfuerzos de incidencia tienen un impacto creciente en la mejora en la adhesión a las reglas y normas internacionales sobre la protección de los niños contra la violencia. Sin embargo, siguen existiendo desafíos en Sierra Leona, con inversiones insuficientes en la prevención de la violencia, intervenciones políticas descoordinadas, legislación no consolidada y poco aplicada, escasez de datos e investigaciones sobre la violencia y la explotación y limitados servicios de recuperación y reintegración.

DNI - Sierra Leona ha establecido seis Centros de Defensa Socio Jurídicos en los diferentes distritos nacionales. Estos centros se han convertido en los lugares de visita para los niños que huyen y los niños que viven en las calles, donde pueden hablar libremente sobre sus problemas y necesidades y recibir asistencia y protección integrales. Abdul Manaff Kemokai dijo:

No es raro ver a los niños explotados como trabajadores domésticos, mientras que otros terminan en las calles. Muchos niños de la calle en Liberia, Sierra Leona y Guinea se han involucrado en actividades delictivas debido a que sus necesidades más básicas no pueden ser satisfechas. Muchos de ellos son arrestados por la policía por vagabundear, o aprehendidos en las redadas policiales. Pero en lo que respecta a la policía, el castigo de los niños de la calle continúa prevaleciendo sobre los mecanismos de protección para sacarlos de las calles. **Ellos necesitan ayuda, y necesitamos que toda la situación cambie: esto es par lo que estamos aquí.**

Durante la ceremonia de premiación, el Sr. Kemokai dijo que estaba recibiendo el premio en nombre de DNI - Sierra Leona, y lo dedicó a todos los niños sobrevivientes de la explotación, la violencia y el abuso.

DNI - Sierra Leona también participa activamente en la lucha contra la trata de niños, que afecta especialmente a los niños que huyen. Sólo en 2015, DNI-Sierra Leona facilitó la reintegración de 322 niños víctimas de tráfico interno y transfronterizo, incluido el caso de tres niños de Sierra Leona que fueron víctimas de trata a Liberia y luego a Mauritania. Junto con DNI - Liberia, DNI - Sierra Leona proporcionó asistencia jurídica directa y representación a los tres niños víctimas y aseguró su repatriación y reintegración.

Además, desde el año 2014, el DNI - Sierra Leona ha dirigido esfuerzos concertados de la sociedad civil y ha trabajado estrechamente con representantes gubernamentales de los Estados miembros de la Unión del Río Mano - Côte d'Ivoire, Guinea, Liberia y Sierra Leona - política regional de protección de la infancia, centrándose especialmente en los niños en movimiento. La tercera reunión de la MRU tuvo lugar del 23 al 26 de noviembre de 2016 en Sierra Leona. Esta tercera convocatoria de la MRU se basa en los talleres realizados con funcionarios de inmigración y policía así como con miembros de la comunidad local en junio y julio de 2016.³

¹ Pour plus d'informations sur les prix Child 10 et Reach for Change, voir : <http://reachforchange.org/en/about/child10>

² Los otros nueve activistas galardonados por el premio fueron: Josefa Condori Quispe (CAITH, Peru), Anta Mbow (Empire des Enfants, Senegal), Martine Umulisa (Kaami Arts, Rwanda), Christopher & David Mikkelsen (REFUNITE, Denmark), Debbie Beadle (ECPAT UK Youth Programme, UK), Eve Saosarin (Molop Tapang, Cambodia), Delphine Moralis (Missing Children Europe, Belgium), Nyakwesi Mujaya (Makini, Tanzania) and Margaretha Ubels and Ishmael Hammond (Special Attention Project, Ghana).

³ Defence for Children International takes effective measures to combat child trafficking in West Africa <http://www.defenceforchildren.org/defence-children-international-takes-effective-measures-combat-child-trafficking-west-africa/>

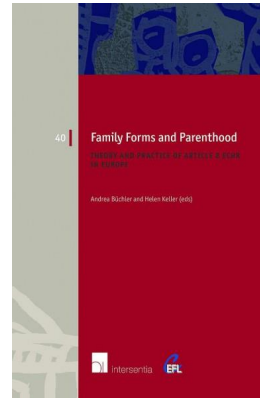
Reseña del Libro por el Juez Katarzyna Kościów-Kowalczyk Polonia*

Estructuras Familiares y Paternidad. Teoría y Práctica en Europa sobre el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos

por Andrea Büchler y Helen Keller, Intersentia, Cambridge- Antwerp-Portland, 2016. Comentarios de la primera edición del libro publicada en marzo de 2016 ISBN 9781780683409 | xxiv + 546 pp.



Jueza Katarzyna Kościów-Kowalczyk*



Este libro muestra tanto a los juristas como en general a toda persona ligada al campo legal, la difícil tarea a realizar en el marco de la labor de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

El libro considera la forma en el que el Artículo 8 es aplicado por la Corte para proteger la privacidad y la vida familiar de los europeos., analizando de una parte el pequeño escenario de los casos ventilados ante la Corte y de otra parte enfatizando en la gran responsabilidad y duro trabajo que conlleva la función de garantizar la aplicación del mencionado artículo. Es asombroso como las autoras: Andrea Büchler y Helen Keller, en pocas palabras esbozan las líneas interpretativas de la Corte Europea de Derechos Humanos, detallan cada caso individual, sus particularidades y bases fácticas, hacen referencia a las partes involucradas y explican como el artículo 8 es aplicado en diferentes países europeos.

Aunque podría pensarse que todos los artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos deben aplicarse de igual manera en cada Estado Parte, este libro demuestra que la protección de la familia y su vida privada es un aspecto complejo y asimismo que el artículo 8 es interpretado de manera diferente en los distintos países.

Proteger a la familia y su vida privada es un aspecto importante para construir una sociedad sana. Sabemos que en algunos casos los derechos a la vida familiar y la privacidad colisionan, y los jueces debemos decidir cuál es el más importante teniendo en consideración todos los extremos del caso individual. Este es el motivo por el cual con gran interés y curiosidad comencé la lectura de este libro.

Realmente estaba interesada en saber cómo es entendido e interpretado el artículo 8 no solo por la Corte Europea de Derechos Humanos sino en los diferentes países de acuerdo con su historia, sus leyes internas y sus culturas. De una manera clara, Andrea Büchler y Helen Keller explican complicados casos ventilados ante la Corte, las resoluciones judiciales y sus argumentos, ayudando a los lectores, a comprender la complejidad del Artículo 8. El libro invita a la reflexión, mediante los ejemplos provistos, en los que introduce varios casos que si bien a primera vista aparecen como similares, luego de un profundo análisis a cargo de las autoras, muestras sus diferencias en varios aspectos

El libro no contiene un lenguaje legal complicado que solo pueda ser entendido por profesionales, ni largas sentencias que conducen a la incompreensión y quizás al aburrimiento sino una terminología clara y fácil de comprender por el lector lego. En mi opinión el mayor aporte del libro es que puede ser leído fácilmente por personas que desean comprender la ley, y también por aquellos que ya la conocen bien pero buscan ampliar sus conocimientos.

Las autoras comienzan con una explicación general sobre el artículo 8 y su importancia en el cotidiano de todos los europeos. En la primera sección del libro se muestra brevemente como gran parte de los casos resueltos ante la Corte giran alrededor del derecho a la privacidad o la vida familiar. Luego, en el capítulo dedicado al derecho a la privacidad y la vida familiar y el imperativo que sean respetados, de manera útil y esclarecedora, Andrea Büchler escribe sobre cada aspecto del artículo 8. Apelando a ejemplos de la vida real aborda los siguientes temas:

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

paternidad, adopción, medicina reproductiva, matrimonio y otras formas de convivencia, familias de tránsito y acogimiento, desde la perspectiva del artículo 8 y las leyes de diferentes países europeos.

La segunda parte del libro denominada "Informes Nacionales" es la más importante. Los diferentes capítulos del Informe, escritos por especialistas de once países de Europa (Austria, Croacia, Inglaterra y Gales, Alemania, Grecia, Hungría, Holanda, Polonia, España, Suecia y Suiza) contienen una descripción de las leyes de cada país en relación al artículo 8. Las autoras incluyen casos reales para explicar cómo el artículo 8 es entendido por las autoridades de cada país, como influyen en ello las diferentes culturas y las historias nacionales, y de qué manera las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos ayudan en el proceso de incorporación del artículo 8 en las leyes nacionales.

El libro culmina con el capítulo III: "Conclusiones" que enfatizan en la importancia de respetar el derecho de cada familia y su vida privada en sus aspectos cotidianos, y en cómo la comprensión del artículo 8 ha ido cambiando en el seno mismo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Me alegro de haber leído este libro que me permitió conocer cómo puede ser entendido de manera diferente el artículo 8 de acuerdo a la historia, la cultura y a las sociedades en las que se aplica. Recomendando especialmente la parte del libro en que se analiza la situación de algunas parejas y niños concebidos mediante el uso de la medicina reproductiva y sus derechos como familia y en relación a su vida privada. Me asombra cómo ha cambiado el trato de estas cuestiones en los últimos años, en los que la Corte ha considerado siempre cada caso individual con cuidado, reflexionando sobre cada uno de sus aspectos. Esto nos muestra que Europa va en el camino correcto y que somos tratados por la Corte como personas, con cuidado y entendimiento.

Este libro es para toda persona interesada, para cada ciudadano europeo de los 47 países del Consejo de Europa que debería leerlo con atención. Pertenezco a una familia de jueces y ciertamente este libro me ha abierto nuevos horizontes. Formando parte de Europa, debemos aprender sobre sus instituciones, y tenemos la oportunidad de hacerlo a través de un libro tan importante como éste, cuya lectura recomiendo a todos los europeos.

Katarzyna Kościów-Kowalczyk*, Jueza de la Juventud y Familia de la Corte Distrital en Jawor, Polonia. Vicepresidenta de la Asociación Polaca de Familia.

Los derechos de los niños en el juicio: Un nuevo método para garantizar los derechos de los niños en las decisiones judiciales

Profesora Helen Stalford



Reino Unido cuenta con una larga tradición de liderazgo mundial en investigaciones multidisciplinarias sobre la infancia y derechos de los niños. Muchas de estas investigaciones evolucionaron en un contexto legal influenciado en parte por la ratificación en 1991 por parte de Reino Unido de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el año 1989. Si bien tanto la teoría como los métodos relacionados con los derechos de los niños fueron desarrollados desde mucho tiempo antes, los primeros intentos para conceptualizar a los niños como sujetos de derechos aparecen en la 18ª centuria¹

En tiempos más recientes y ciertamente en los últimos 30 a 40 años, los análisis teóricos sobre los derechos de los niños fueron complementados por un vasto y rico cuerpo de investigaciones empíricas que exploraron como los niños confrontan y son confrontados con las decisiones que los afectan.

La necesidad de un nuevo discurso sobre una justicia amigable para los niños² refleja los frecuentes pedidos de intervenciones más sensibles hacia los niños, tanto en el plano sustancial como en el procedimental de los casos judiciales que los involucran.

Los jueces, por supuesto, están en una óptima posición para influir en los procesos y en los resultados de los procesos judiciales que

involucran a niños y existen muchos casos inspiradores, con sentencias cuidadosamente razonadas y profundamente sensibles a los niños, especialmente las provenientes de las Cámaras de Alzada, con el beneficio adicional de tratarse de decisiones construidas en forma colegiada por órganos experimentados.

Hablar de diligencia judicial para con los derechos de los niños no significa repetir y sostener prácticas rutinarias e instaladas sino muy por el contrario abordar los casos que involucran a niños, los que frecuentemente son extremadamente complejos, con una incertidumbre significativa en cuanto a las expectativas así como sobre los diferentes aspectos de los derechos de los niños y sus intereses y cómo podrán ser equilibrados entre ellos y en relación a los intereses de otras personas.

Los académicos han tendido a confrontar estas inconsistencias y deficiencias judiciales desde la línea lateral relativamente privilegiada de detallados comentarios críticos, muchos de ellos consignados en polvorientos archivos académicos.

Otros en cambio, intentan demostrar, a partir del análisis de las resoluciones judiciales, como podría o deberían ser las intervenciones judiciales en cada caso concreto, para dar cuenta de la manera más fiel posible del respeto por los derechos de los niños.

Los Derechos de los Niños en los Juicios es un Proyecto, iniciado en enero de 2015, de dos años de duración, realizado por el Consejo de Investigación en Artes y Humanidades. El principal objetivo del proyecto consiste en revisar los pronunciamientos judiciales existentes que involucren a niños y considerar como ellos podrían ser diseñados desde una perspectiva de protección de los derechos de los niños. La iniciativa involucra a más de 60 académicos y operadores, repensando alrededor de 30 pronunciamientos judiciales provenientes de diferentes países: Reino Unido, Canadá, Paquistán, Estados Unidos de Norteamérica, Sudáfrica, Bélgica y Holanda.

Los participantes están rediseñando los pronunciamientos de Cortes y organismos internacionales como la Corte Penal Internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales y la Corte de Justicia de los Estados Unidos.

¹ Ver por ejemplo: Thomas Spence, *The Rights of Infants*, publicado en 1796

² Informado en gran parte en la publicación del Consejo de Europa sobre las Directrices sobre una justicia amigable para los niños CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6 17/11/2010, Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la 1098th reunión del Consejo de Vice-Ministros)

Consideramos que la adopción del método de juzgamiento escrito permite ilustrar sobre como las interpretaciones y las conceptualizaciones sobre los derechos de los niños, recogidas mediante nuestra investigación teórica, doctrinaria y empírica, la cual podrían brindar ayuda en la toma de decisiones judiciales. Esperamos que esta investigación nos provea de una apreciación más informada sobre los desafíos y tensiones de cara a la función judicial así como lograr que los jueces desplieguen todo su potencial y compromiso con la protección de los derechos de los niños en la toma de sus decisiones, creando oportunidades para una correspondencia más creativas y abiertas entre esta investigación, las práctica judiciales y sus marcos teóricos.

Muchas de las sentencias seleccionadas para ser reescritas atrajeron una significativa mirada al momento de su dictado, como los siguientes casos: el caso de los gemelos que nacieron unidos, el caso del pañuelo en la cabeza de las niñas de Begum, el caso de AAA vs. *Associated Newspapers*, el caso de la inmunización de niños F. vs. F. y el caso de la pena de muerte juvenil en USA en *Roper vs. Simmons*.

Estos y otros casos fueron seleccionados tanto teniendo en consideración su desarrollo argumental así el resultado original obtenido que fue en general considerado antitético con la protección de los derechos de los niños, si bien la falla judicial podría responder adecuadamente a las pautas impuestas por la modernidad social, económica, legal, cultural y tecnológica que impactan en las vidas de los niños. Algunas de las versiones re-escritas alcanzan diferente resultados respecto a los originales en base al desarrollo de un razonamiento alternativo o la utilización de diferentes fuentes de ley. Otras modificaciones arriban al mismo resultado que el original, pero transitando una vía diferente, con razonamientos a veces con sutiles y otras veces con radicales diferencias.

Las sentencias re-escritas sobre derechos de los niños apuntan de una parte a forzar límites y plantear desafíos en las prácticas arraigadas en los usos convencionales, y también a producir auténticas sentencias alternativas que puedan pasar a ser ejemplos genuinos de futuras sentencias originales.

Un gran número de restricciones fueron impuestas a los autores. La primera de ellas es que cada sentencia tiene que adherir ampliamente al formato, estilo y tono del tribunal del cual proviene el caso original. Este es una particular desafío para las personas que las vuelven a redactar, por ejemplo en los viejos casos ligados al tribunal de Johnson Hudson de 1783.

La segunda restricción consistente en respetar la función judicial en cuanto a que los redactores están obligados a interpretar y aplicar la ley vigente al tiempo sin que les esté permitido realizar cambios radicales en la ley vigente en ese tiempo. Los redactores deben también ser competentes para atender la valoración efectuada sobre las pruebas, la materialidad fáctica del caso y su contexto legal.

Las nuevas sentencias, por razones prácticas, no pueden exceder las 5.000 palabras. Este extremo requirió que los autores focalizaran en aspectos particulares de los originales a re-inscribir, maximizando la creatividad para producir una versión persuasiva del original. En algunos casos se ha inventado una apelación ficticia a la Cámara de Alzada o un nuevo fallo en disidencia. Otras veces se presentan los hechos del caso desde una perspectiva diferente proponiendo desde el comienzo en forma prioritaria poner el foco en la voz de del niño, sus intereses y sus derechos. Unos pocos han desarrollado adicionalmente una versión del juicio amigable a los niños.

Cada sentencia es acompañada con un corto comentario (de aproximadamente 3000 palabras), escrito en forma independientemente por otro colaborador. Ello permite proveer la información esencial de base sobre la decisión original, con una explicación de los fundamentos y del modo en que se ha realizado la nueva redacción para que incorpore los derechos del niño a través de una intervención más sensible a los mismos. Los primeros borradores de las sentencias y de sus comentarios fueron desarrollados mediante una serie de

talleres realizados a lo largo del Reino Unido entre los años 2015-2016, con discusiones en las que participaron: jueces, operadores judiciales, académicos, abogados del niño, algunos de los cuales intervinieron en los procesos originales representando a las partes o como jueces competentes. Esto permitió a los participantes explorar sobre lo que significa una intervención basada en los derechos de los niños en la toma de decisiones judiciales y examinar tanto las oportunidades como las limitaciones del poder judicial en la protección de los derechos de los niños. Ello permitió asimismo a los participantes recibir formación y realimentación de los principales jueces como Sir Mark Hedley y Lady Brenda Hale en el arte y oficio del juzgamiento escrito.

Todas las sentencias reelaboradas y sus comentarios serán publicadas en el verano de 2017 en un libro titulado: *Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice* (Oxford: Hart, escrito por Helen Stalford, Kathryn Hollingsworth y Stephen Gilmore), que será lanzado oficialmente en Londres, en la Corte Suprema de Justicia, el 22 de setiembre de 2017.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

Finalmente nosotros esperamos que la publicación sea de utilidad para ilustrar como el método de juzgamiento escrito puede ayudar a un mayor entendimiento e innovación en la toma de decisiones judiciales así como convertirse en una herramienta de formación práctica para jueces, funcionarios judiciales y otros operadores comprometidos con los derechos de los niños en la instancia judicial.

Para más información sobre las nuevas sentencias redactadas, los participantes en el proyecto y los distintos pasos dados para avanzar en la campaña hacia una justicia amigable para los niños por favor contacte Usted con los coordinadores del proyecto: profesor Helen Stalford (stalford@liv.ac.uk) o profesor Kathryn Hollingsworth (kathryn.hollingsworth@newcastle.ac.uk).

Otros detalles sobre los casos y los colaboradores están disponibles en el sitio web: <https://www.liverpool.ac.uk/law/research/european-childrens-rights-unit/childrens-rights-judgments/>

Helen Stalford es Profesora de Derecho y Directora del Área de Derecho de los niños de la Escuela de Derecho y Justicia Social de la Universidad de Liverpool.

Rúbrica del Tesorera

Anne-Catherine Hatt

Recordatorio sobre las suscripciones

A principios de 2017 mande emails con pedidos de suscripción a miembros individuales (GBP 30; Euros 35; CHF 50) y a las asociaciones nacionales. Me complace decir que muchos de ustedes ya han abonado su cuota, pero todavía hay varias impagas.

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

1. pueden ir a la página de internet [AIMJF](http://aimjf.org) hacer click 'membership' y **subscribe** y pagar usando PayPal. Este proceso consta de dos partes y es la forma más simple y económica de pagar; se aceptan todas las monedas. PayPal hace la conversión a GBP;
2. directamente a las siguientes cuentas bancarias

GBP: a Barclays Bank, Sortcode 204673, SWIFTBIC BRCGB22, IBAN GB15 BARC 2046 7313 8397 45, Account Nr. 13839745

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

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

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

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

Sin suscripciones no sería posible producir esta publicación.

Muchas gracias por adelantado.

Anne-Catherine Hatt

Espacio des contactos**Dra Briony Horsfall**

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

Fuente	Sujeto	Enlazar
AIMJF	Sitio web	Hagla clic aquí
Los Derechos del Niño Conectar (Child Rights Connect)	Una red mundial de derechos del niño que conecta la vida cotidiana de los niños con la ONU. Eventos recientes: Comité des droits de l'enfant Journée de débat général: «Les droits de l'enfant et l'environnement», tenue le 23 septembre 2016. L'Observation générale n ° 19 sur le budget public pour la réalisation des droits des enfants (article 4), soutenue par le groupe de travail Child Rights Connect, a été lancée le 22 septembre 2016.	http://www.childrightsconnect.org
CRIN La Red de Información sobre los Derechos del Niño	Organización mundial de investigación, monitoreo, políticas y defensa. Proveer recursos extensos y base de datos legal mundial. Boletines informativos periódicos (CRINmail) disponibles en inglés, francés, español, ruso y árabe. Regístrate: https://www.crin.org/en/home/what-we-do/crinmail	https://www.crin.org/fr
Defensa de Niñas y Niños Internacional	ONGs globales, informes de investigación y monitoreo, herramientas de práctica, campañas y servicios de defensa de los niños. DCI lideran el panel de ONGs para el Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre la Pobreza Infantil: https://childrendeprivedofliberty.info	http://www.defenceforchildren.org/es/
European Commission i Child Rights	Período de noticias informativo enviado por la Coordinadora de la Comisión para los Derechos del Niño, comuníquese con Margaret Tuite: EC-CHILD-RIGHTS@ec.europa.eu Portal europeo de la justicia electrónica: derechos del niño: recursos y materiales de formación: https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_the_child-257-es.do?init=true	http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/rights-child/index_en.htm
European Schoolnet	Red de 30 Ministerios Europeos de Educación, con sede en Bruselas, Bélgica. Organización sin ánimo de lucro, tiene como objetivo llevar la innovación en la enseñanza y el aprendizaje a los principales interesados.	http://www.eun.org
IDE Instituto Internacional de los Derechos del Niño	Offrir des formations, des actions de sensibilisation, des publications, des nouvelles et des réseaux. La formation comprend un Master en études avancées en droits de l'enfant, un Master interdisciplinaire en droits de l'enfant, des diplômes et des certificats spécialisés. Possibilités de formation en Suisse, en Chine, en Asie du Sud et en Afrique de l'Ouest et en ligne.	http://www.childsrights.org/es/
IJJO Observatorio Internacional de Justicia Juvenil	Página web: trabajar hacia una justicia juvenil global sin fronteras. 2018 Conferencia internacional. Contacto para el boletín, convertirse en usuario o colaborador: oiij@oiij.org Nuevo informe: Abordar las prioridades de la justicia de menores en la región de Asia y el Pacífico (versión inglesa aquí)	http://www.oiij.org
Kausa Justa	Blog de derechos humanos y boletín electrónico, con sede en Perú. Dirigido por Ronald Gamarra Herrera y un equipo de miembros fundadores. Parte del Instituto de Promoción del Desarrollo Social (IPRODES), una organización civil sin fines de lucro dedicada a la promoción de los Derechos Humanos, el Desarrollo y la Democracia.	http://kausajusta.blogspot.com.au http://www.iprodesperu.org

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA

OHCHR Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos		Sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del Alto Comisionado. Sitio web ofrece noticias y eventos, publicaciones, recursos, temas, derechos humanos por país, donde trabaja el ACNUDH y organismos de derechos humanos.	http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx
PRI Penal Reform International		PRI es una organización internacional no gubernamental que trabaja en la reforma de la justicia penal y penal en todo el mundo. El PRI tiene programas regionales en Oriente Medio y Norte de África, Europa Central y Oriental, Asia Central y el Cáucaso Meridional. Informes y recursos informativos publicados. Regístrese para recibir el boletín electrónico PRI: e-newsletter	https://www.penalreform.org
Ratify CRC	OP3	Campaña internacional de coalición para la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (OP3 CRC). Proporcionar información sobre el proceso de ratificación, noticias y recursos, incluso para los niños.	http://ratifyop3crc.org/es/espanol/#.WJGC_hhh0o8
TdH Terre Hommes	des	Agence suisse pour la riposte des enfants, offrant des réponses à la protection de l'enfance (exploitation, justice pour mineurs et migration), santé des enfants et enfants dans les crises humanitaires. Campagne actuelle pour les réfugiés «Gardons tous les enfants en sécurité et au chaud». Newsletter: https://www.tdh.ch/en/contact-us	https://www.tdh.ch/en
UNICEF		Actualmente celebra 70 años de servicio. 2016 "Informe sobre la situación de los niños en el mundo: una oportunidad justa para todos los niños": https://www.unicef.org/spanish/sowc2016/ Próximos informes Enero 2017: UNICEF Humanitarian Action for Children 2017: Visión general https://www.unicef.org/spanish/publications/index_94527.html	https://www.unicef.org/es/
Vivere		Organizaciones no gubernamentales que luchan por abolir la pena de muerte y la prisión perpetua de los niños. Contacto Mike Hoffman: contact@vivere.ch	http://www.vivere.ch
Universidad Americana - Facultad de Derecho de Washington		Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario	https://www.wcl.american.edu/hracademy/

Reunión de la Junta y el Comité General y Reunión Especial,

el 22 de octubre de 2016, Londres



Magdalena Arczewska, Viviane Primeau, Imman Ali, Godfrey Allen, Avril Calder, Anne-Catherine Hatt, Marta Pascual, Gabriela Ureta, David Stucki, Andrea Santos Souza



Andréa Santos Souza, Avril Calder, Marta Pascual, Anne-Catherine Hatt, Viviane Primeau



Hervé Hamon, Elbio Ramos, Petra Guder, David Stucki, Patricia Klientak, Judge Okabe, Jan and Tomas Alva



Viviane Primeau, Godfrey Allen, Laurent Gebler, Gabriela Ureta, Alice Grunenwald, Anne Marie Trahan, Daniel Pical



Viviane Primeau, Godfrey Allen, Gabriela Ureta, Alice Grunenwald, Anne-Marie Trahan, Daniel Pical



Petra Guder, Jean Trepanier, Magdalena Arczewska, Katarzyna Kościów-Kowalczyk, Joseph Moyersoén, Viviane Primeau, Theresia Höynck, Avril Calder, Lord Ponsonby, Anne Catherine Hatt, Marta Pascual, Gabriela Ureta, David Stucki, Andrea Santos Souza, Daniel Pical, Alice Grunenwald, Hervé Hamon, Anne-Marie Trahan, Laurent Gebler



Marta Pascual, Ann-Marie Trahan, Anne-Catherine Hatt, Lord Ponsonby, Viviane Primeau, Godfrey Allen



Avril Calder, Anne-Marie Trahan

Presidente honorario ð Dr hc Jean Zermatten (Switzerland)

Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2014-2018

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

Consejo—2014-2018

Presidenta Avril Calder (Inglaterra)	Marie Pratte (Canadá)
Vice-presidente ð Marta Pascual (Argentina)	Gabriela Ureta (Chile)
Secretaria General ð Andrea S. Souza (Brasil)	Hervé Hamon (Francia)
Vice Sec Gen ð Viviane Primeau (Canadá)	Theresia Höynck (Alemania)
Tesorera —Anne-Catherine Hatt (Suiza)	Laura Laera (Italia)
Patricia Klentak (Argentina)	Aleksandra Deanoska (Macedonia)
Imman Ali (Bangladesh)	Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Países Bajos)
Godfrey Allen (Inglaterra)	Andrew Becroft (Nueva Zelanda)
Eduard Rezende Melo (Brasil)	Carina du Toit (Sudáfrica)
Françoise Mainil (Bélgica)	David Stucki (USA)

El ultimo presidente inmediato, Hon. Juez Joseph Moyersoén, es un miembro ex-officio del consejo y actúa en unacapacidad consultiva sin derechos a voto.

Chronicle Chronique Crónica

La voz de la Asociación

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

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

Con el apoyo de todos los miembros de la Asociación, se está creando una red de contribuciones del mundo entero que nos provee con artículos de manera regular. Los miembros toman conocimiento de investigaciones llevadas a cabo respecto a la protección de la infantil y la juventud o de la justicia juvenil. Otros pueden estar involucrados en la preparación de nueva legislación mientras que otros tienen contactos con colegas de las Universidades que son deseosas de contribuir con artículos.

Para los próximos números de la revista se ha congregado un número interesante de artículos, los que no son publicados en orden cronológico o por orden de recepción, sino

que se otorgan prioridades a aquellos que surgen de las conferencias o seminarios de la AIMJF. Se hacen esfuerzos para presentar artículos que otorguen una mirada a cómo son los sistemas en los distintos países, respecto a la protección. Infantil y a la justicia juvenil; algunos números de Crónica focalizan en temas particulares por lo que los artículos giran en torno a ellos; finalmente, los

artículos que son más largos que el largo recomendado y/o requieran un intenso trabajo editorial pueden ser dejados en espera hasta que se le encuentre un lugar adecuado.

Las contribuciones de todos los lectores son bienvenidas. Los artículos para publicación deben ser enviados en inglés, francés o español. La traducción a todos los tres idiomas es cargo del Comité Editorial, por lo que ayuda enormemente el poder recibir los artículos con traducción a dichas lenguas.

Los artículos, preferentemente, deberán ser de 1500-2000 palabras de largo. Los temas de interés, incluyendo nuevos temas, podrán llegar hasta 500 palabras de largo. Los comentarios sobre los artículos ya publicados son bienvenidos. Los artículos y comentarios pueden ser enviados directamente al Jefe de Redacción. Sin embargo, de no ser conveniente, los artículos también pueden ser enviados a cualquier que se indican en la página siguiente.

Los artículos para Crónica pueden ser enviados directamente a:

Avril Calder, Jefe de Redacción,

e-mail chronicle@aimjf.org

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

Editorial Board

Jueza Patricia Klentak

Jueza Viviane Primeau

Dra Magdalena Arczewska

Prof. Jean Trépanier

Dra Gabriela Ureta

infanciayjuventud@yahoo.com.ar

vicesecretarygeneral@aimjf.org

magdalena.arczewska@uw.edu.pl

jean.trepanier.2@umontreal.ca

gureta@vtr.net

ASUNTO: ¡RESERVE LA FECHA! Cumbre Internacional sobre los Derechos de los Niños de la Calle y de la Juventud: Observación General de Naciones Unidas de la Teoría a la Práctica, noviembre 28-29, 2017, São Paulo (Brasil)

Estimados amigos y amigas,

Por favor, apunte la fecha de la Cumbre Internacional sobre los Derechos de los Niños de la Calle y de la Juventud: Observación General de Naciones Unidas de la Teoría a la Práctica. Esta cumbre se realizará sobre la base del trabajo realizado en la Cumbre Internacional sobre las Necesidades Legales de la Juventud de la Calle realizada en Londres en junio de 2015. El Colegio de Abogados E.E.U.U. (American Bar Association/ABA, por sus siglas en inglés) patrocinará este evento junto con otros socios del todo el mundo.

CUMBRE INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE LA CALLE Y DE LA JUVENTUD

Observación General de la Teoría a la Práctica

Noviembre 28-29, 2017

São Paulo, Brasil

Baker McKenzie São Paulo (gracias a su colaboración pro bono)

Sobre la base de la exitosa Primera Cumbre Internacional sobre las Necesidades Legales de los Niños de la Calle celebrada en Londres en junio de 2015, el Colegio de Abogados de E.E.U.U. convocará un número incluso mayor de jurisdicciones y de abogados que trabajan en asuntos relacionados con niños de la calle alrededor del mundo, a fin de examinar el contenido de la Observación General del Comité de los Derechos del Niño sobre la Situación de los Niños de la Calle (cuya publicación está prevista para abril de 2017). Esta será la segunda oportunidad en la que expertos a nivel mundial sobre derechos de la niñez analicen los derechos de los niños y adolescentes que viven en la calle a fin de asegurar sus derechos humanos y su dignidad, a menudo olvidada, ignorada e invisibilizada.

La Cumbre tiene por objetivo revisar en detalle las garantías legales establecidas en la nueva Observación General a través de presentaciones y discusiones en vivo por parte de líderes de todo el mundo en este ámbito, quienes examinarán las mejores prácticas y retos a la luz de la Observación General, así como las nuevas expectativas creadas en los países que han ratificado la Convención de los Derechos del Niño. Los expertos que no puedan acudir en persona serán invitados a participar de forma virtual, de ser posible.

La Cumbre permitirá un intercambio único de información y de buenas ideas a nivel global sobre cómo los Estados pueden asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en relación a este grupo vulnerable. Adicionalmente, y de forma única, la Cumbre producirá la primera publicación de principios realizada por expertos mundiales sobre niños de la calle, a fin de garantizar la implementación de cada una de las cuestiones legales contenidas en la nueva Observación General.

Si conoce organizaciones o individuos que deberían ser invitados a este evento, o tiene preguntas acerca del mismo, por favor, escriba a Kelly.Russo@Americanbar.org.

Nota: La información de referencia se encuentra disponible en Español, Francés y Portugués. Por favor, si quiere una copia traducida en estos idiomas, póngase en contacto con Kelly Russo Kelly.Russo@Americanbar.org