

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 9

El derecho procesal familiar y los derechos de la infancia en Europa y los Países Bajos

Ton Liefaard*

* Vice-Decano de la Escuela de Derecho de Leiden (Leiden Law School) y es titular de la Cátedra UNICEF en Derechos del Niño, en la Universidad de Leiden, Países Bajos. Correo-electrónico: t.liefaard@law.leidenuniv.nl. Es deseo del autor agradecer al Maestro en Derecho Chris Sandelowsky por su ayuda. Texto traducido al español por Gabriela Gutiérrez.

I. Introducción

Este capítulo se enfoca en dos conceptos que han surgido en las últimas décadas y que tienen implicaciones en el estatus legal procesal de los niños en el derecho familiar: una justicia adaptada para los niños y el acceso a la justicia para éstos. Ambos conceptos se basan en el Derecho Internacionales de los Derechos Humanos aplicables a los niños y las niñas, tal como lo establece la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y como se reconoce en la jurisprudencia regional y local.¹ Si bien el concepto de justicia adaptada para niños y niñas se ha desarrollado en el contexto particular de la participación de los niños y las niñas en el sistema de justicia penal, tiene y debe tener implicaciones en todos los procedimientos judiciales, tanto formales como informales. El concepto de acceso a la justicia para

¹ Véase LIEFAARD, T. y DOEK, J. E., *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer, 2015; y KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore, Springer, 2019.

las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), a su vez, se ha vuelto más relevante debido a una creciente atención internacional al derecho del niño a una tutela judicial efectiva,² y a su derecho a interponer comunicaciones individuales ante el Comité de los Derechos del Niño (el Comité de la CDN) de la ONU bajo el Tercer Protocolo Facultativo (OP3) a la CDN y los objetivos de desarrollo sostenible, en particular, la meta 16.3.³

Ambos conceptos tienen implicaciones para los asuntos fundamentales del derecho procesal familiar, incluyendo la capacidad legal y la legitimación de los niños y las niñas, la representación legal del padre, la madre y otras personas, así como su participación y el acceso a la información en los procedimientos de derecho familiar, incluso la información sobre el peso que se le da a sus opiniones⁴ para la adopción de una decisión que afecte al niño. Este capítulo comienza abordando estos dos conceptos y aclara cómo ambos surgieron a través de los múltiples niveles que componen la infraestructura de los derechos humanos para los niños y las niñas. Esta parte del trabajo se enfoca particularmente a Europa, debido a la importante jurisprudencia sobre la participación efectiva de los niños y las niñas en los procedimientos de justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal Europeo o TEDH) y al trabajo del Consejo de Europa en relación con la justicia adaptada para los niños y las niñas. La siguiente sección de este capítulo se centra en los Países Bajos con el objetivo de mostrar cómo los conceptos de acceso a la justicia y justicia adaptada para los NNA han empezado a encontrar su camino en el sistema de derecho familiar holandés. El capítulo se limita al análisis del *statu quo* y se enfoca en la legitimación, la representación y el derecho a ser escuchado, así como a un concepto bastante nuevo desarrollado

² Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General No. 5 (2003). *General Comment No. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003. UNICEF, *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Ginebra, UNICEF, 2015.

³ Véase más LIEFAARD, T., "Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda", *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 27, No. 2, 2019, pp. 195-227.

⁴ Es decir, retroalimentación. ONU. Comité de los Derechos del Niño (CRC). Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009. CRC/C/GC/12 párr. 45.

hace poco sobre la emisión de sentencias adaptadas a los niños. El capítulo termina con algunas observaciones finales a manera de conclusión.

II. Derechos de la infancia: desde el derecho a ser escuchado hasta la justicia adaptada para los niños y el acceso a la justicia

1. El derecho a ser escuchado y los derechos de participación de los niños y las niñas

El derecho de NNA a ser escuchados puede considerarse como una de las innovaciones más significativas de la CDN⁵ y se relaciona directamente con el núcleo del reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos bajo el amparo del derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 12 de la CDN establece que un niño, definido como "todo ser humano menor de dieciocho años, a menos que (...) la mayoría se alcance antes" (art. 1o. CDN de la ONU),⁶ tiene derecho a ser escuchado "en todos los asuntos que lo afectan", en particular en procedimientos judiciales y administrativos (art. 12 (2)). Esta disposición se considera como uno de los principios generales de la CDN;⁷ y el derecho a ser escuchado forma parte de los derechos de participación de los NNA, que incluye los derechos a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de conciencia, religión y pensamiento (art. 14), a la libertad de asociación y de reunión pacífica (art. 15) y de acceso a la información (art. 17). El derecho a ser escuchado y la noción más amplia de la participación de

⁵ CANTWELL, N., "The Origins, Development and Significance Of the United Nations Convention On The Rights Of The Child", en S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*. Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 28.

⁶ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

⁷ ONU, Comité CDN, *Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 23 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, párr. 12; Comité CDN, 2009, párr. 2, *supra* nota 4.

los niños y las niñas⁸ también se relacionan con el derecho a un juicio justo, como se establece en el artículo 40 (2) de la CDN y que incluye, entre otros, el derecho a examinar e interrogar a los testigos bajo el principio de igualdad de condiciones en el contexto de la administración de justicia penal.⁹ Es en este contexto que el TEDH ha emitido juicios innovadores que allanan el camino para el desarrollo del concepto de *justicia adaptada para los niños y las niñas*,¹⁰ lo cual se discutirá más adelante.

2. El derecho del niño y de la niña a ser escuchados y la jurisprudencia europea de derechos humanos

La audiencia del NNA en los procedimientos de derecho familiar, ha sido considerada por el Tribunal Europeo como parte de la valoración del interés superior del niño bajo el amparo del artículo 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Específicamente, respecto a la protección del derecho a la vida privada y familiar y los casos de visitas y custodia, adopción, sustracción internacional y protección de niños.¹¹ Una revisión exhaustiva de la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia va más allá del alcance de este capítulo, pero como observa Kilkelly, "es aparente que la aplicación del CEDH, en casos relacionados con niños y niñas, se ha basado indirectamente tanto por el principio como por el contenido del artículo 12 (de la CDN) en el desarrollo de la juris-

⁸ ONU, Comité CDN 2009, párr. 3; véase más en, KRAPPMANN, L., "The Weight of the Child's View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)", *International Journal of Children's Rights*, Vol. 18. No. 4, 2010, pp. 501-513. PARKES, A., *Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard*, Londres/NuevaYork, Routledge, 2013. DALY, A. y RAP, S. E., "Children's Participation in the Justice System", en KILKELLY U., LIEFAARD T. (red.), *International Human Rights of Children*. International Human Rights Singapore, Springer, 2018, pp. 299-319.

⁹ ONU, Comité CDN, *Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*; 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12. Véase, también, Comité CDN, 2019. *supra* nota 8.

¹⁰ LIEFAARD, T., "Child-Friendly Justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88. No. 4, 2016, pp. 905-927. LIEFAARD, T. y KILKELLY, U., "Child-Friendly Justice: Past, Present and Future", en B. GOLDSON (ed.), *Juvenile Justice in Europe: Past, Present and Future*. Abingdon/Nueva York, Routledge, 2018, pp. 57-73.

¹¹ KILKELLY, U., "The CRC in Litigation Under the ECHR", en LIEFAARD, T. y DOEK, J. E. (eds.), *Litigating The Rights Of The Child: The UN Convention On The Rights Of The Child In Domestic And International Jurisprudence*. Dordrecht, Springer, 2015, pp. 193-209.

prudencia que sustenta la participación de los niños en la toma de decisiones".¹² En el caso *Sahin vs. Alemania*¹³ (visitas) el solicitante reclamaba que su hija de cinco años de edad no había sido escuchada por el Tribunal nacional. Como resultado, el peticionario sostenía que su hija no había estado suficientemente involucrada en el procedimiento judicial, en detrimento a la protección de sus intereses conforme al artículo 8o. del CEDH. La Gran Sala del TEDH determinó que "como norma general, corresponde a los tribunales nacionales valorar las pruebas que tienen ante ellos, incluyendo los medios para determinar los hechos relevantes" (párr. 73). Además, en su opinión, sería "ir demasiado lejos decir que los tribunales locales siempre están obligados a escuchar a un niño en el tribunal cuando se trata de las visitas que le corresponden al padre o madre que no tiene la custodia, pero este asunto depende de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta la madurez del niño en cuestión". En este sentido, la Gran Sala del Tribunal anuló lo determinado por la Sala que había revisado primero el caso¹⁴ y que había encontrado una violación al art. 8o. del CEDH por no escuchar al niño en el tribunal. La decisión de la Gran Sala es acorde con el texto del artículo 12 (2) de la CDN, el cual establece que "el niño o niña (...) tendrá la oportunidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño o niña, ya sea directamente o, a través de un representante o un organismo apropiado, de manera coherente con las normas procesales de la legislación nacional" (énfasis agregado). Al mismo tiempo, se debe admitir que el Comité de la CDN ha recomendado a los Estados partes de la CDN "que, siempre que sea posible, el niño o la niña debe tener la oportunidad de ser escuchado directamente en cualquier procedimiento".¹⁵

Si bien la Gran Sala permite la participación indirecta del niño o la niña si se considera apropiado a la luz de las circunstancias del caso,

¹² *Ibidem*, p. 207.

¹³ TEDH [GS], caso *Sahin vs. Alemania*, 8 de julio de 2003, Appl. No. 30943/96.

¹⁴ TEDH, caso *Sahin vs. Alemania*, 11 de octubre de 2001, Appl. No. 30943/96, en particular párrs. 53-54.

¹⁵ ONU, Comité de la CDN, 2009, párr. 35, *supra* nota 9.

puede concluirse que el Tribunal Europeo ha reconocido la importancia de la audiencia de las NNA bajo el amparo del artículo 8o. del CEDH. De acuerdo con Kilkelly, la sentencia "reconoce que los niños y las niñas con una edad y madurez suficientes deben ser escuchados por los tribunales" y que "también señala a los tribunales nacionales la importancia de buscar el asesoramiento de expertos al tomar tales decisiones".¹⁶ El enfoque del TEDH se confirmó en el caso *Aune vs. Noruega*.¹⁷ En dicho fallo, se sostuvo que la decisión de permitir que los padres y las madres de familias de acogida (*foster care*) adopten a un niño o niña, sin el consentimiento de la madre biológica, se justificaba a la luz del interés superior del niño. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal prestó especial atención a los deseos expresados del niño de nueve años involucrado.¹⁸ A su vez, en un caso más reciente, *M. y M. vs. Croacia*,¹⁹ el TEDH resaltó la trascendencia del derecho a ser escuchado en un caso de disputa por custodia, incluyendo los alegatos contra el padre por abuso de menores. Este caso particular reveló un compromiso activo y explícito por parte del Tribunal, "en virtud del principio *jura novit curia*",²⁰ del artículo 12 de la CDN y la Observación General sobre esta disposición del Comité de la CDN,²¹ un compromiso que hasta entonces, había sido bastante limitado.²² En *M. y M. vs. Croacia*, el Tribunal subraya, con referencia explícita al artículo 12 de la CDN, la importancia del derecho de las NNA a ser escuchados y consultados en virtud del derecho a la autonomía personal y teniendo en cuenta que éste tiene "un alcance diferente

¹⁶ KILKELLY, U., *op. cit.*, p. 200, *supra* nota 11.

¹⁷ TEDH, caso *Aune vs. Noruega* 11 de abril de 2011, Appl. No. 52502/07.

¹⁸ Véase TEDH, caso *Aune vs. Noruega*, 11 de abril de 2011, Appl. No. 52502/07, párrs. 36 (subpárraf. 60) y 72. Otro caso importante sobre este asunto es TEDH [GS], caso *Sommerfeld vs. Alemania*, 8 de Julio de 2003, Appl. No. 31871/96, párrs. 71-72.

¹⁹ TEDH, caso *M. & M. vs. Croacia*, 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13.

²⁰ *Ibidem*, párr. 167. Esto significa que el tribunal puede examinar los hechos de oficio en el marco del CEDH y que no está limitado a las quejas legales llevadas ante él por el solicitante o el Estado miembro.

²¹ ONU, Comité CDN, 2009.

²² Lo mismo puede ser dicho sobre el número de casos en los que los niños y las niñas, por sí mismos, impugnan la forma en que han sido (o no han sido) incluidos en la toma de decisiones KILKELLY, U., *op. cit.*, p. 199 y 207, *supra* nota 11. BRUNING, M. R., "Annotation M. and M. v. Croatia", *European Human Rights Cases*, No. 12, 2015, pp. 20-26.

en el caso de los niños" ya que "carecen de la autonomía plena con la que cuentan los adultos, pero son, sin embargo, sujetos de derechos".²³

3. Surgimiento del concepto de "justicia adaptada" para los niños, niñas y adolescentes²⁴

Hacia fines de la década de 1990, en la emblemática sentencia en el caso *T. y V. vs. Reino Unido*,²⁵ el Tribunal Europeo reconoció que todo niño acusado de un delito y llevado ante un tribunal, tiene derecho a una participación efectiva como parte de su derecho a un juicio justo bajo el amparo del artículo 6o. del CEDH.²⁶ Cuando el Tribunal se refirió explícitamente al artículo 40 de la CDN, este dictaminó que "es esencial que un niño o niña acusado de un delito sea tratado tomando en cuenta su edad, su nivel de madurez y capacidad intelectual y emocional, y que se tomen medidas para promover su habilidad de comprender y participar en los procedimientos".²⁷ En este caso en particular, referido a dos niños de 11 años de edad fueron enjuiciados por asesinar a otro niño pequeño, que los primeros no pudieron participar de manera efectiva y, por lo tanto, se les negó un juicio justo.²⁸ En otro caso, el TEDH determinó que el

²³ TEDH, caso *M. y M. vs. Croacia*. 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13, párr. 171.

²⁴ Este párrafo está basado en publicaciones previas: LIEFAARD, T., "Child-friendly Justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88, No. 4, 2016, pp. 905-927; LIEFAARD, T. y KILKELLY, U., "Child-Friendly Justice: Past, Present and Future", en B. GOLDSON (ed.), *Juvenile Justice in Europe: Past, Present and Future*. Abingdon/Nueva York, Routledge 2018, pp. 57-73. LIEFAARD, T., Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 27, No. 2, 2019, pp.195-227.

²⁵ TEDH [GS], caso *T. vs. Reino Unido*, 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24724/94. Este caso también es conocido como el caso Bulger. Véase, también TEDH [GS], caso *V. vs. Reino Unido*, 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24888/94.

²⁶ KILKELLY, U., *op. cit.*; Art. 40 (2) CDN enlista los derechos del niño y de la niña sobre un juicio justo en conexión con los objetivos (pedagógicos) del sistema de justicia juvenil como se establece en el Art. 40 (1) CDN.

²⁷ TEDH, caso *T. vs. Reino Unido* 16 de diciembre de 1999, Appl. No. 24724/94, párr. 84.

²⁸ El Tribunal sostuvo que era "altamente improbable" que los niños se hayan sentido "suficientemente desinhibidos, en la tensa sala y bajo el escrutinio público, como para consultar a [sus abogados] durante el juicio, o, de hecho, que dada [su] inmadurez y [su] estado emocional perturbado, también es improbable que hayan sido capaces, fuera de la sala del tribunal, de cooperar con [sus] abogados y darles información para fines de [su] defensa"; TEDH, caso *T. vs. Reino Unido*, párr. 88.

derecho de un niño a un juicio justo no requiere que el niño, en juicio por un delito, deba "entender o sea capaz de comprender cada punto de la ley o detalles probatorios".²⁹ Sin embargo, el Tribunal señaló que la "participación efectiva", en este contexto, presupone (...) una comprensión amplia de la naturaleza del proceso del juicio y de lo que está en juego (...), incluyendo la importancia de cualquier sanción que pueda ser impuesta".³⁰

La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha influenciado al Comité de la CDN,³¹ el cual declaró en la Observación General No. 10³² que "[un] juicio justo requiere que el niño (...) pueda participar efectivamente en el juicio" y que, como parte de eso, "el niño necesita comprender los cargos y las posibles consecuencias y sanciones, con el fin de instruir al representante legal, impugnar las declaraciones de los testigos, dar cuenta de los eventos y tomar las decisiones apropiadas sobre las pruebas, los testimonios y la(s) medida(s) que será(n) impuesta(s)".³³ Esto también significa que los procedimientos y prácticas de las salas de los tribunales deben modificarse. El Comité de la CDN también subraya la importancia de reconocer que los procedimientos de justicia juvenil "deben llevarse a cabo en una atmósfera de comprensión, que permitan que el niño o la niña participen y se expresen libremente".³⁴ Con base en lo anterior y en el contexto del derecho a ser escuchado y la participación de los niños y niñas *lato sensu*, el Comité de la CDN señala, en su Observación

²⁹ TEDH, caso *SC vs. Reino Unido*, 15 de junio de 2004, Appl. No. 60958/00, párr. 29.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ KILKELLY, U., *op. cit.*;

³² En 2019, el Comité de la CDN reemplazó la Observación General No. 10 por la Observación General No. 24 (Comité CDN, 2019). Este capítulo se refiere principalmente al primero porque este tiene como objetivo presentar el desarrollo cronológico con respecto al concepto de Justicia Adaptada para los niños y las niñas. Cabe señalar, sin embargo, que el Comité de la CDN ha confirmado el derecho a una participación efectiva (véase Comité CDN 2019, párr. 46), aunque ha optado por no desarrollar los conceptos de Justicia Adaptada para los niños y las niñas y acceso a la justicia (Comité CDN, 2019, párr.5).

³³ ONU, Comité CDN, *Observación General No.10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores*, 25 de abril de 2007, párr. 46.

³⁴ *Ibidem*; véase también, la regla 14 de las Reglas de la ONU para la Administración de Justicia Juvenil (las Reglas de Beijing).

General No. 12, sobre el derecho del niño o la niña a ser escuchado que "[un] niño o niña no puede ser escuchado efectivamente cuando el entorno es intimidante, hostil, insensible o inapropiado para su edad" y que "los procedimientos deben ser tanto accesibles como apropiados para los niños y las niñas".³⁵ Esto también significa que "se requiere prestar atención particular a la provisión y entrega de información adaptada para los niños y las niñas, al apoyo adecuado para la auto-abogacía, al personal debidamente capacitado, al diseño de salas de tribunal, a la vestimenta de jueces y abogados (...)".³⁶ Estas recomendaciones del Comité de la CDN están diseñadas para sensibilizar a los Estados Partes sobre la justicia adaptada para NNA, como un concepto clave en todos los procedimientos en los que se pueda afectar a NNA (individualmente o en grupo). De tal concepto se deriva una serie de obligaciones (positivas y negativas) que, finalmente, giran en torno al empoderamiento de los NNA como actores con derecho a una participación efectiva en los procesos judiciales que los afectan.

4. Directrices sobre la justicia adaptada para el niño y la niña³⁷

El enriquecimiento mutuo entre los derechos internacionales de los niños y las niñas y la jurisprudencia del TEDH ha dado como resultado una mayor claridad (legal) sobre la situación jurídica procesal de los NNA. Esta consolidación jurisprudencial ha permeado desarrollos normativos posteriores, tales como las Directrices desarrolladas por el Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada para los niños, y adoptadas por el Comité de Ministros en 2010 (en adelante "las Directrices").³⁸ Las Directrices pro-

³⁵ Comité CDN, 2009, párr. 34.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Véase, también LIEFAARD, T., "Child-friendly justice. Protection and Participation of Children in the Justice System", *Temple Law Review*, Vol. 88, No. 4, 2016, pp. 905-927; KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*. Singapore, Springer, 2019.

³⁸ Consejo de Europa (CE), Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada para los Niños y las Niñas, 17 de noviembre de 2010.

porcionan los principios considerados necesarios para garantizar que "todos los derechos de los niños y las niñas" se respetan plenamente, en los procedimientos judiciales formales y, también, en los procedimientos alternativos a estos.³⁹ Se ocupan de "el lugar y el rol, y las opiniones, derechos y necesidades del niño o niña en los procedimientos [judiciales y alternativos]" (párr. 1) y proporcionan orientación práctica para que los 47 Estados Miembros del Consejo de Europa "den un lugar y una voz al niño o niña en la justicia en todas las etapas de los procedimientos".⁴⁰

En especial, de acuerdo con las Directrices:

La justicia adaptada para el niño y la niña se refiere a los sistemas de justicia que garantizan el respeto y la implementación efectiva de todos los derechos de los niños y niñas al nivel más alto posible, teniendo en cuenta los principios enlistados a continuación y dándole la consideración adecuada al nivel de madurez y comprensión del niño o niña y, a las circunstancias del caso. Esta es, en particular, la justicia que es accesible, apropiada para la edad, pronta, diligente, adaptada y enfocada en las necesidades y derechos del niño o niña, respetando los derechos de estos, incluyendo los derechos al debido proceso, a participar y comprender los procedimientos, al respeto de la vida privada y familiar y a la integridad y dignidad.⁴¹

En resumen, las Directrices brindan mayor orientación a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre cómo garantizar que los sistemas de justicia sean adaptados a los niños y las niñas. Esto necesariamente incluye: acceso a la información; protección de la vida privada y familiar; acceso a la asesoría legal y representación en nombre del niño o niña; evitando demoras indebidas; la provisión de un ambiente apropiado dentro y alrededor de los procedimientos judiciales, incluso después de la toma de decisiones y, capacitación específica para los profesionales en

³⁹ CE, Directrices, Primera Parte, cap. I, párrs. 1-3.

⁴⁰ CE, Directrices, Segunda Parte, cap. "Estructura y contenido", en el párr. 16.

⁴¹ CE, Directrices, Primera Parte, cap. II bajo. c.

niños y niñas. Al proporcionar una guía detallada, las Directrices especifican las implicaciones del *estado legal dinámico* del niño o niña, bajo el amparo del derecho internacional de los derechos del niño y la niña, el cual se basa en la noción de que, cuanto más grande y maduro sea un niño o niña, será considerado como más autónomo.⁴² Este estado legal dinámico, que gira en torno a las capacidades evolutivas del niño o niña, como se reconoce en el artículo 5o. de la CDN,⁴³ tiene implicaciones en el papel que desempeñan los representantes legales del niño o niña, incluidos su padre o madre, así como otros relacionados con el acceso a la justicia.

5. Acceso a la Justicia para los niños.

La necesidad de reflexionar sobre el estado legal del niño o niña a nivel nacional o local

El acceso a la justicia como concepto relevante para los niños y las niñas ha surgido durante la última década y se ha manifestado con bastante firmeza en las agendas internacionales y globales de derechos humanos y desarrollo sostenible. Profundizar en el concepto va más allá del alcance de este capítulo.⁴⁴ Sin embargo, el aumento en la atención sobre el derecho de los niños a acceder a la justicia, para buscar remedios efectivos con resultados equitativos, proporciona razones para reflexionar sobre el estado legal de los NNA a nivel nacional o local. El acceso a la justicia de la infancia está basado en el derecho humano del niño a buscar recursos

⁴² Cfr. RAP, S. E. y LIEFAARD, T., "Child-friendly Justice: Opportunities and Challenges that Lie Ahead/ Justicia amigable para niños: oportunidades y desafíos que se avecinan/Une justice adaptée aux enfants: nouvelles possibilités et défis à venir", *The Chronicle/International Association of Youth and Family Judges and Magistrates*, julio 2019, pp. 81-82/4-5/43-44. Véase, también, RAP, S.E., SCHMIDT, E. P. y LIEFAARD, T., "Safeguarding the Dynamic Legal Position of Children: A Matter of Age Limits? Reflections on the fundamental principles and practical application of age limits in different legal contexts relating to children in light of international children's rights law, próxima publicación" *Erasmus Law Review*, 2019.

⁴³ VARADAN, S., "The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child", *The International Journal of Children's Right*, Vol. 27. No. 2, 2019, pp. 306-338.

⁴⁴ Véase, ampliamente, LIEFAARD, T., "Access to Justice for Children", *op. cit.*

en caso de violaciones a los derechos.⁴⁵ En particular, implica el empoderamiento legal de los niños y las niñas y el acceso a mecanismos de justicia y recursos que sean sensibles a sus derechos e intereses (es decir, adaptadas para los niños y las niñas). Con base en el derecho del niño y la niña a acceder a la justicia y a la luz de sus capacidades evolutivas (las cuales, según el artículo 5o. de la CDN, tienen implicaciones en el papel que desempeñan el padre, la madre y otras personas legalmente responsables del niño o niña), las barreras legales a nivel nacional o local, incluyendo, por ejemplo, la incapacidad procesal de los niños, deben someterse a análisis crítico.

El Comité de la CDN ha observado que "el estado especial y dependiente de los niños y las niñas crea dificultades reales para ellos en la búsqueda de recursos por violaciones a sus derechos".⁴⁶ De hecho, existen barreras legales específicas a las que se enfrentan los niños y las niñas debido a su minoría de edad, así como a su (supuesta) inmadurez o incapacidad. Muchas jurisdicciones nacionales, como punto de partida, no reconocen la capacidad legal de los niños y las niñas y, subsecuentemente, tampoco su posición legal y a contar con un abogado en su nombre.⁴⁷ Esto tiene implicaciones para el sistema de derecho familiar nacional y puede ser particularmente problemático en caso de conflicto de intereses entre el niño o la niña y su padre, madre o tutor legal. Aunque muchas jurisdicciones europeas tienen excepciones a la regla de que los niños no tienen capacidad legal⁴⁸ y, aunque pareciera que los niños rara vez buscan

⁴⁵ CDN, Art. 41; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2 (3); Comité CDN, 2003, párr. 24.

⁴⁶ Comité CDN 2003, párr. 24; véase, también, ACNUDH, *Acceso de los niños a la justicia. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/35*. 16 de diciembre de 2013, párrs. 13 y ss; UNICEF, *Children's Equitable...* *op. cit.*, pp. 9-13, 66 y ss.

⁴⁷ ACNUDH, *op. cit.*, párr. 37; véase las excepciones en, BOEZAART, T., "Child Law, the Child and South African Private Law", T. BOEZAART (ed.), *Child Law in South Africa*. Claremont, Juta & Co. Ltd, 2009, pp. 22-23 y 34-35 y SKELTON, A., "South Africa" en LIEFAARD, T. y DOEK, J.E. (eds.), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer 2015, p. 16.

⁴⁸ Véase KENNAN, N. y KILKELLY, U., *Children's involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. Policy Brief*. Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2015.

recursos de forma independiente sin sus representantes legales,⁴⁹ se ha argumentado que la exclusión categórica de los niños y las niñas a la capacidad legal, sin reconocer sus capacidades evolutivas, es cuestionable a la luz del art. 5o. de la CDN.⁵⁰ Sin embargo, muchas jurisdicciones nacionales sí les brindan la oportunidad de ser escuchados⁵¹ o acercarse informalmente a los tribunales (ver más adelante). Además, las jurisdicciones nacionales o locales pueden proporcionar una forma alternativa de representación (por ejemplo, un tutor *ad litem*), en caso de conflicto de intereses entre el niño o la niña y el padre, madre o tutores legales.⁵²

Junto a lo anterior, resulta importante tener en cuenta que existen barreras como consecuencia de la complejidad de los sistemas de justicia y la falta de sensibilidad hacia niños y niñas, lo cual dificulta bastante el acceso y participación efectiva de los niños y las niñas en los procesos. Los NNA pueden desconocer sus derechos y carecer de información esencial, por ejemplo, sobre cómo obtener asistencia (legal) y qué esperar de ella.⁵³ A la luz de esto, y de acuerdo a lo sostenido por el Comité de la CDN, los estados deben prestar "atención especial para asegurar que haya procedimientos efectivos y sensibles a los niños y las niñas, disponibles para estos últimos y sus representantes".⁵⁴ Dichos procedimientos "deberán incluir la provisión de información adaptada para los niños, asesoramiento, defensa legal, incluyendo ayuda para la auto-abogacía y, acceso a

⁴⁹ FORTIN, J., *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 234.

⁵⁰ Véase LIEFAARD, T., "Access to Justice...", *op. cit.*

⁵¹ De conformidad con el art. 12 de la CDN; para consultar reflexiones críticas sobre este asunto DALY, A. y RAP, S.E., "Children's Participation in the Justice System", en KILKELLY, U. y LIEFAARD, T. (eds.), *International Human Rights of Children*. International Human Rights Singapore, Springer 2018, pp. 299-319.

⁵² PARKES, A., *Children and International Human Rights Law. The Right of the Child to be Heard*, Londres/ Nueva York, Routledge, 2013, pp. 100-103.

⁵³ Existen otras barreras para los niños y las niñas, incluyendo, por ejemplo, discriminación, inseguridad, mecanismo de justicia intimidantes o estigmatizantes y una carencia de aceptación de que los niños y las niñas o cierto grupo de estos tienen derechos, incluyendo el derecho de acceso a la justicia, dadas las normas culturales o sociales y práctica comunes; ACNUDH, *op. cit.*

⁵⁴ ONU, Comité CDN, 2003, párr. 24.

procedimientos de denuncia independientes y a los tribunales con la asistencia necesaria tanto legal como de otro tipo".⁵⁵

6. Algunas conclusiones provisionales

El concepto de justicia adaptada para NNA tiene como base sus derechos reconocidos por el derecho internacional, así como la jurisprudencia europea de derechos humanos, desde el primer reconocimiento del derecho de participación efectiva de los niños y las niñas previsto artículo 60. de la CEDH. El concepto de acceso a la justicia para la infancia ha surgido más adelante, respaldado importantemente por la entrada en vigor del tercer Protocolo Facultativo de la CDN en 2014. Ambos conceptos forman parte de un marco integral de derechos humanos con múltiples niveles, en torno a las recomendaciones del Comité de la CDN, la jurisprudencia del Tribunal Europeo y las Directrices de la justicia adaptada para los niños,⁵⁶ y que ha dado razones a los estados reflexionar sobre los procedimientos judiciales nacionales y sobre la posición específica de los niños y las niñas en ellos. Esto ha tenido implicaciones en la forma en que se debe mirar a los niños y a las niñas en los procedimientos de tribunales familiares a nivel nacional, como es el caso de los Países Bajos, entre otros. Los siguientes párrafos detallarán la posición legal de los niños y las niñas en los asuntos de la Corte Familiar holandesa.

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Las Directrices han empezado a jugar un rol en la jurisprudencia de la CEDH (*supra* nota 24). Véase, por ejemplo, TEDH (GS), caso *Blokhin vs. Rusia*, 23 de marzo de 2016, Appl. No. 47152/06; TEDH, caso *M & M. vs. Croacia*, 3 de septiembre de 2015, Appl. No. 10161/13; TEDH, caso *N.TS. y otros vs. Georgia*, 2 de febrero de 2016, Appl. No. 71776/12; y TEDH, caso *Roche y Roche vs. Malta*, 28 de junio de 2018, Appl. No. 42825/17 y 66857/17. Más allá de Europa, las Directrices han sido usadas como ejemplo de iniciativas similares en otras partes del mundo (véase *supra* nota 42). Por ejemplo, en abril de 2017, la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (AIMJF) lanzó sus Directrices sobre los Niños en Contacto con el Sistema de Justicia (AIMJF, *Guidelines on Children in Contact with the Justice System*, Londres, IAYFJM, 26 de abril de 2017), las cuales están dirigidas a practicantes que trabajan con niños y niñas en el contexto de justicia juvenil, así como a los hacedores de políticas, legisladores y todos aquellos que estén interesados en los niños y las niñas y sus derechos.

III. Los derechos de los niños y las niñas en los Países Bajos: algunas observaciones generales sobre el sistema legal holandés⁵⁷

1. El sistema de derecho civil holandés

El sistema legal holandés es considerado como un sistema legal (*quasi*) monista con una tradición de derecho civil, al igual que muchos otros sistemas legales en Europa continental. El derecho civil está codificado y la legislación estatutaria define al derecho sustantivo y procesal. Como se sabe, en los sistemas de derecho civil, la legislación es exhaustiva y se actualiza de manera continua.⁵⁸ En el sistema de derecho civil holandés, la hechura de la legislación, de primera mano, recae en el legislador, es decir: el Parlamento holandés (*Staten-Generaal*) que consiste en la Segunda Cámara (i.e., *Tweede Kamer*; la Cámara de Representantes) y la Primera Cámara (i.e., *Eerste Kamer*; el Senado). Los Países Bajos no tienen un sistema de precedentes y los tribunales no desempeñan un papel activo en la elaboración de leyes. Van Rhee y Van der Woude señalan que, en estricto sentido, las sentencias judiciales no son una fuente de derecho.⁵⁹ Como consecuencia de lo anterior, los tribunales deben establecer los hechos relevantes y aplicar la ley en un caso específico. Los tribunales superiores, en particular, los Tribunales de Apelación y la Corte Suprema, proporcionan interpretaciones autoritarias de la ley. Sin embargo, en general, los tribunales son reacios a declarar la inaplicabilidad de leyes o

⁵⁷ Basado, en parte, LIEFAARD, T. y BRUNING, M., "Commentary on the Judgment of the Hoge Raad of the 5th December 2014", en STALFORD, H., HOLLINGSWORTH, K., GILMORE, S. (eds.), *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice*. Oxford, Hart Publishing 2017, pp. 173-181.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, "The Common Law and Civil Law Traditions". Disponible en: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivillawTraditions.pdf> (última visita, 15 de Septiembre de 2019).

⁵⁹ VAN RHEE, C.H. y VAN DER WOUDE, W., "Judicial Rulings with Prospective Effect", en VAN VLIET, L. P. W. (ed.), *Netherlands Reports to the Nineteenth International Congress of Comparative Law. Vienna 2014*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2015, p. 13.

proporcionar interpretaciones que van más allá de los objetivos del legislador holandés. También se puede argumentar que el Poder Judicial, en particular la Corte Suprema,⁶⁰ desempeña un papel en el desarrollo y la formación de la ley y en la promoción de la unidad de la jurisprudencia. Esto es particularmente relevante si los tribunales encuentran una inconsistencia entre la ley holandesa y el derecho internacional, y el legislador falla al no actuar al respecto.⁶¹ Esto se relaciona con la naturaleza monista del sistema legal holandés.

2. La naturaleza monista del sistema holandés y la CDN

La Constitución holandesa prohíbe en su artículo 20 la revisión judicial de las leyes estatutarias holandesas y los tratados internacionales. Sin embargo, la ley estatutaria holandesa puede revisarse a la luz de las normas establecidas en los tratados internacionales. Las disposiciones del derecho estatutario holandés, así como las establecidas en la Constitución, no pueden ser aplicadas por los tribunales si éstas entran en conflicto con las disposiciones de tratados legalmente vinculantes o las resoluciones de instituciones internacionales.⁶² Adicionalmente, el artículo 93 de la Constitución holandesa estipula que las disposiciones de los tratados ratificados por los Países Bajos pueden ser aplicados directamente si, por la naturaleza de su contenido, son vinculantes para todos.

⁶⁰ La Corte Suprema de los Países Bajos es responsable de escuchar las apelaciones de casación, cuyo objetivo es "promover la uniformidad legal y el desarrollo de la ley" (<https://www.rechtspraak.nl/English/Judicial-system/Pages/Supreme-Court.aspx>, visitado por última vez el 22 de septiembre de 2019). La Corte Suprema examina si los tribunales inferiores (tribunales de distrito y de apelación) observaron la aplicación adecuada de la ley al llegar a su decisión. Los hechos del caso son establecidos por los tribunales inferiores. De acuerdo con el art. 79 de la Ley (Orgánica) del Poder Judicial (*Wet op de rechterlijke organisatie*), la Corte Suprema puede anular resoluciones de tribunales inferiores en caso de incumplimiento de las normas procesales o en caso de violación o aplicación indebida de la ley.

⁶¹ GERARDS, J.H. y FLEUREN, J.W.A., *Implementatie van het EVRM in de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen / WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2013, p. 37; véase también VAN RHEE, C.H. y VAN DER WOUDE, W., *op. cit.*, p. 14-15.

⁶² Constitución del Reino de los Países Bajos, Art. 94.

En consecuencia, el sistema legal holandés se considera un sistema monista.⁶³ Las normas jurídicas internacionales forman parte del orden jurídico holandés y pueden prevalecer sobre las normas nacionales. No es necesario adoptar legislación mediante la cual las disposiciones de los tratados internacionales se incorporen a la legislación nacional.

Desde la ratificación por el Reino de los Países Bajos en 1995 de la CDN, ésta se ha integrado al ordenamiento jurídico holandés, con efecto interno inmediato. Esto no significa necesariamente que las disposiciones de la CDN tengan *efecto directo* o fuerza de auto-ejecución. Contrariamente a lo que sugiere el Comité de la CDN en su Observación General No. 14, sobre el principio del interés superior del niño,⁶⁴ como si se tratara de un "derecho sustantivo" que "crea una obligación intrínseca para los Estados, es directamente aplicable (auto-ejecutable) y puede ser invocada ante un tribunal",⁶⁵ el efecto directo de la disposición de la CDN se define a nivel nacional o local por los tribunales y depende de la naturaleza del contenido de la disposición. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema holandesa, el contenido de la disposición es decisivo y, si una disposición tiene un efecto directo (o no), es una pregunta que debe responderse explicando el contenido concreto de la disposición, ubicada en su contexto.

Como es bien sabido, de conformidad con los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el tribunal debe tener en cuenta el propósito de todo el tratado, incluyendo el historial de redacción, el preámbulo y los anexos. Cuando ni el contenido ni el historial de redacción del tratado son concluyentes, puede utilizarse el fraseo de la disposición específica para determinar su efecto directo. Se requiere que la redacción describa el propósito de la disposición de manera precisa

⁶³ Cfr. GERARDS, J.H. y FLEUREN, J.W.A, *op. cit.*, *supra* nota 51.

⁶⁴ ONU, Comité CDN, Art. 3 (1).

⁶⁵ ONU, Comité CDN 2013, párr. 6a.

y sin ambigüedades. Esto no significa que no pueda dejarse algún margen de discrecionalidad al gobierno holandés, por ejemplo, en la implementación de la norma. Sin embargo, el propósito de la disposición —es decir, la protección de la norma adjunta— debe ser absolutamente claro. La disposición del tratado invocada debe ser lo suficientemente detallada para permitir que el tribunal aplique la norma. De esa manera, se puede aplicar como ley objetiva en el orden jurídico holandés.⁶⁶

El impacto de la CDN en la jurisprudencia holandesa no sólo depende del reconocimiento de la fuerza de auto-ejecución de las disposiciones de los tratados por los tribunales holandeses. Los tribunales holandeses también están obligados a aplicar e interpretar la ley holandesa a la luz del derecho internacional. En otras palabras, la interpretación de las normas nacionales nunca puede resultar en una violación de los tratados que han sido ratificados por los Países Bajos. Esta es "una regla establecida desde hace mucho tiempo en la jurisprudencia holandesa"; lo cual lleva a Limbeek y Bruning concluir que "la necesidad de examinar el efecto directo de un artículo sólo se requiere si la aplicación de la legislación nacional no es suficiente para cumplir con una obligación específica bajo la CDN".⁶⁷ Los tribunales holandeses deben aplicar la legislación nacional a la luz de la CDN, un "principio [que] se deriva de la presunción de que los Países Bajos, al ratificar un tratado, tienen la intención de cumplir con sus obligaciones".⁶⁸

La investigación jurídica muestra que se ha utilizado cada vez más la CDN en casos ante tribunales holandeses en todos los niveles.⁶⁹ Sin

⁶⁶ La Corte Suprema de los Países Bajos, 10 de octubre de 2014, *NJ* 2015/12; La Corte Suprema de los Países Bajos, 30 de mayo de 1986, *NJ* 1986, 688.

⁶⁷ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., "Two Decades of the CRC in Dutch Case Law", en LIEFAARD, T. y DOEK, J. E. (eds.), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht, Springer, 2015, p. 91. Citado por la Corte Suprema de los Países Bajos, 3 de marzo de 1919, *NJ* 1919, 371.

⁶⁸ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, p. 91. *Ibidem*.

⁶⁹ LIEFAARD, T. y DOEK, J.E., "Kinderrechten in de rechtspraak. Een internationaal perspectief", *FJR* 2015/20, pp. 82-87. *FJR* 2015/20 con referencia a investigación holandesa relevante; véase también

embargo, los tribunales holandeses no son claros ni consistentes en sus juicios con respecto a la aplicabilidad directa de las disposiciones de la CDN.⁷⁰ Es más, como han observado Limbeek y Bruning,⁷¹ es posible advertir cierta reticencia entre los tribunales, incluyendo a la Corte Suprema, en el uso de la CDN y los instrumentos internacionales relacionados, como marco de referencia pertinente.⁷²

De otra parte, se considera que el CEDH tiene efecto directo en el orden legal holandés,⁷³ como una "Declaración de Derechos exigible y ejecutable para los Países Bajos".⁷⁴ Ello se suma a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido un impacto significativo en el sistema legal holandés, incluyendo al derecho de familia holandés. Y, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere cada vez más a la CDN y a los instrumentos internacionales relacionados, incluyendo los Comentarios Generales del Comité de los Derechos del Niño de la ONU y las Directrices sobre la justicia adaptada para el niño y la niña,⁷⁵ es de esperarse que las normas internacionales de los derechos de los niños y las niñas pronto encuentren su camino para integrar plenamente el sistema legal holandés, independientemente de la aplicabilidad directa de las disposiciones de la CDN como tales.

DE GRAAF, J. C., "The Application of the United Nations Devention on the Rights of the Child in Dutch Legal Practice", en DIDUCK, A., PELEG, N. y REECE, H. (eds.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy* (Essays in honour of Michael Freeman), Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, pp. 589-602.

⁷⁰ LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, pp. 89-104, *supra* nota 67.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Véase también, LIEFAARD *FJR* 2015/20, *op. cit.*, *supra* nota 69.

⁷³ GERARDS, J.H. y FLEUREN, J. W.A., *op. cit.*, p. 35, *supra* nota 61.

⁷⁴ Mak, E. "Foreign precedents in constitutional litigation", en VAN VLIET, L.P.W. (ed.), *Netherlands Reports to the Nineteenth International Congress of Comparative Law. Vienna 2014*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, p. 283, *apud*. UZMAN, J., BARKHUYSEN, T. y VAN EMMERIK, M.L., *Revista Electrónica de Derecho Comparado*, 2010, p. 11.

⁷⁵ *Idem*. Véase también, European Union Agency for Fundamental Rights y Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the Child*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2015.

IV. El acceso a la justicia para los niños y el derecho a ser escuchados en los Países Bajos⁷⁶

Si nos centramos en los elementos de acceso a la justicia y la justicia adaptada para el niño y la niña en materia de derecho familiar en los Países Bajos, el punto de partida relevante es que los niños no tienen capacidad jurídica de acuerdo con la legislación civil holandesa. Conforme la Ley de la Familia holandesa, un "menor" es una persona de menos de dieciocho años,⁷⁷ lo cual corresponde con la definición de "niño o niña" según la CDN. Como regla, un menor carece de capacidad legal, con algunas excepciones, bajo la ley holandesa.⁷⁸ La madre y el padre (o tutores legales) son responsables de la representación legal del niño en los asuntos civiles, como parte de su responsabilidad legal respecto al mismo.⁷⁹ En caso de conflicto de intereses entre el niño y su representante legal, el tribunal puede nombrar un tutor *ad litem* (*curator bijzondere*), el cual puede representar al niño o la niña en los procesos judiciales civiles e iniciar dicho procedimiento.⁸⁰ Un niño también puede presentar una solicitud para dicha designación y tienen el derecho de apelar la negativa del tribunal a hacerlo.⁸¹ En algunos asuntos de derecho familiar, el derecho holandés otorga a los niños la posibilidad de acercarse informalmente al tribunal y pedir una decisión específica. Este acceso informal al tribunal está disponible en asuntos relacionados con la custodia después del divorcio y el contacto entre un niño y el padre o la madre.⁸²

A pesar de su incapacidad legal, un niño es una parte interesada en todos los procedimientos familiares,⁸³ incluidos, por ejemplo, los proce-

⁷⁶ Con base, en parte, en LIEFAARD, T. y BRUNING, M., *supra* nota 57.

⁷⁷ Código Civil holandés. Art. 1:233 del *Burgerlijk Wetboek*.

⁷⁸ Véase LIMBEEK, M.M.C. y BRUNING, M.R., *op. cit.*, pp. 92-93, *supra* nota 67.

⁷⁹ Código Civil holandés. Art. 1:245 (4).

⁸⁰ Código Civil holandés. Art. 1:250.

⁸¹ Corte Suprema de los Países Bajos, 29 de mayo de 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409.

⁸² Código Civil holandés. Art. 1:251a (4) y Art. 1:377g.

⁸³ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 798 (2).

dimientos que involucran medidas de protección infantil. Un niño también tiene derecho a ser escuchado en los procedimientos judiciales si tiene doce años o más y no se le considera legalmente incompetente para expresar su voluntad.⁸⁴ Un menor de menos de doce años puede ser escuchado, si el tribunal lo considera competente para ello, pero no tiene un derecho a exigir que ello siempre ocurra. En la práctica, rara vez se invita a los niños menores de doce años a participar en los procesos judiciales y, se puede asegurar, que los niños menores de doce años a menudo no solicitan una audiencia ante el tribunal.⁸⁵ Sin embargo, cabe señalar, que el Tribunal de Distrito de Ámsterdam, con base en un programa piloto específico, ha comenzado a invitar a niños de ocho años o más (es decir, menores de doce años) a una audiencia con un juez de menores en asuntos de derecho familiar.⁸⁶ Adicionalmente, el Tribunal de Distrito de La Haya invita a los niños y las niñas de seis años en adelante a una reunión con el tribunal en casos de sustracción internacional de menores. Asimismo, ha comenzado un programa en el que el Tribunal nombra a un tutor *ad litem* en cada caso internacional de sustracción de menores en el que participan uno o más niños de tres o más años de edad.⁸⁷

La regla de la ley holandesa de que un niño menor de doce años no tiene derecho a ser escuchado por el tribunal también tiene implicaciones para su acceso a la información. En diciembre de 2014, la Corte Suprema dictó un fallo en un caso en el que la madre de un niño había presentado una apelación quejándose de que el Tribunal de Distrito le había

⁸⁴ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 809. Véase más en Corte Suprema de los Países Bajos, 1 de noviembre de 2013, NJ 2014/24 comentado por SFM Wortmann.

⁸⁵ DE JONG-DE KRUIJF, M. y VAN DER ZON, K., "'Directe' participatie van minderjarigen bij de gerechtshoven in Nederland. Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingsbeslissing en de rol van de minderjarige", *TREMA*, noviembre 2015. Véase también, Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 391.

⁸⁶ Véase VAN LEEUWEN, C., *Het hoorrecht begrenst/begrensd. Wat is wenselijk in het civiele jeugdrecht?*, Master's thesis 2015-2016 (Leiden Law School, Leiden University). Disponible en: <https://www.universiteitleiden.nl/nieuws/2017/02/scripties-jeugdrecht-online>

⁸⁷ Carta del Ministro de Protección Legal ('Rechtsbescherming') del 27 de junio de 2018 al Parlamento (*Documentos Parlamentarios II*, 2018/29, 30 072, No. 37).

negado a su hijo el derecho a acceder a todos los archivos del caso, lo cual ella consideraba necesario para evaluar si el niño deseaba ejercer su derecho a ser escuchado en el tribunal.⁸⁸ Conforme la ley holandesa, cada parte interesada tiene el derecho a acceder a los archivos relacionados con el asunto legal en juego⁸⁹ y esto también se aplica a los asuntos de derecho familiar.⁹⁰ La Corte Suprema confirmó la sentencia de los tribunales inferiores y dictaminó que, el disfrute efectivo del derecho a ser escuchado de un menor competente puede requerir que éste se informe sobre el contenido de los archivos relevantes para el proceso judicial.⁹¹ Sin embargo, en caso de que no se pueda considerar que un niño tiene capacidad legal con base en una excepción prevista por la ley o, si no tiene derecho a acceder a ciertos archivos de acuerdo con una disposición especial,⁹² él o ella puede ser representado por sus representantes legales en el acceso a los archivos. En caso de que el niño considere que sus intereses no están bien representados, puede acercarse a un tribunal y solicitar el nombramiento de un tutor *ad litem*. En consecuencia, la Corte Suprema determinó que el derecho de acceso a la justicia —conforme lo establecido en el art. 6o. párr. 1 del CEDH y el art. 12 de la CDN— fue suficientemente protegido por la ley holandesa, aunque subrayó que el niño debe poder acceder a la justicia de manera efectiva. A la luz de esto, la Corte Suprema consideró que, con referencia a un informe elaborado por el Defensor de los Niños holandés (2012) y los estándares políticos desarrollados por los tribunales de distrito holandeses con respecto al tutor *ad litem*, la legislación y la práctica holandesas protegen efectivamente el derecho de los niños y las niñas a acceder a la justicia.⁹³

Esta sentencia debe verse como parte de una línea de jurisprudencia en evolución en la que se desarrolla la posición legal de los niños en los

⁸⁸ Corte Suprema de los Países Bajos, 5 de diciembre de 2004, ECLI: NL: HR: 2014: 3535.

⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 290.

⁹⁰ Código de Procedimientos Civiles holandés. Art. 798.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 3.8.

⁹² Código de Procedimientos Civiles, véase Art. 811 (d).

⁹³ *Ibidem*, párr. 3.7.3.

procedimientos civiles.⁹⁴ A pesar de ello, esta sentencia ha sido criticada por ser bastante limitada en su compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de las referencias explícitas al art. 6o. (1) de la CEDH y art. 12 de la CDN.⁹⁵ La Corte Suprema se basa en gran medida del legislador holandés y los objetivos de la ley holandesa sobre este asunto,⁹⁶ al tiempo que hace caso omiso de los nuevos conceptos de justicia adaptada para los niños y las niñas y el acceso a la justicia para estos, en conexión con el estado legal dinámico del niño o niña y sus capacidades evolutivas conforme el art. 5o. de la CDN. La Corte Suprema también pasa por alto el Comentario General del Comité de la CDN sobre el derecho a ser escuchado, el cual subraya la importancia de la información para la participación efectiva de los niños y las niñas en los procedimientos, incluyendo el derecho a acceder a los archivos propios.⁹⁷ Se puede argumentar que, si la Corte Suprema hubiera mostrado más disposición para comprometerse con las normas internacionales de derechos de los niños y las niñas, lo cual podría haberse justificado a la luz de la naturaleza monista del sistema legal holandés, habría podido llegar a una conclusión más progresista sobre el derecho independiente del niño a acceder a los archivos de un caso.

Como antecedente adicional relevante respecto a la evolución del derecho holandés en este materia, resulta importante destacar que, en 2016, el Comité de Gobierno para el Replanteamiento de la Paternidad (*Staatscommissie Herijking Ouderschap*) recomendó al legislador holandés: *a*) disminuir a ocho años de edad el límite para el derecho a ser escuchado: *b*) considerar otorgar acceso informal a la justicia a niños y

⁹⁴ LIEFAARD, T. y BRUNING, M., *op. cit.*, p. 175.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Como se menciona en el párr. 3 de este capítulo, esto es comprensible a la luz de la tradición del derecho civil en los Países Bajos. El Tribunal de Apelación dictaminó, en este caso, que hubiera sido inapropiado que un tribunal de justicia fortaleciera la posición legal de un menor, reconociendo que éste debe ser considerado como una verdadera parte interesada, con base en los desarrollos y tratados internacionales que apuntan a fortalecer y salvaguardar el estatus legal del menor. Esto es parte del mandato del legislador holandés, según la Corte de Apelaciones; *Ibidem*. párr. 3.6.4.

⁹⁷ ONU, Comité CDN, 2009, párr.38.

niñas a partir de los doce años de edad en todos los casos de custodia; y, c) revisar la posibilidad y conveniencia de establecer un acceso formal a la justicia a los niños y niñas mediante el reconocimiento de su capacidad legal (en evolución) en los procedimientos civiles, incluyendo los procedimientos de derecho familiar.⁹⁸ El Gobierno holandés ha aceptado estas recomendaciones, las cuales han sido claramente fundadas en los derechos internacionales de los niños y las niñas, a través de la publicación de un proyecto de investigación integral, el cual se espera será publicado a finales de 2019. Se tiene la expectativa de que esta investigación contribuya eventualmente a la toma de decisiones sobre el acceso a la justicia de los niños y las niñas bajo el amparo del derecho de familia holandés.⁹⁹

V. Juicios adaptados para el niño y la niña en los Países Bajos¹⁰⁰

Otro desarrollo reciente, que ha surgido y evolucionado en los Países Bajos, es la emisión de "juicios adaptados para los niños y las niñas".¹⁰¹ En enero de 2017, dos niños acusaron a una jueza del tribunal para menores en el distrito de Rotterdam, ya que ésta ignoró una carta enviada por los niños, en un caso relacionado con el nombramiento de un nuevo tutor *ad litem*.¹⁰² Además, alegaron que la jueza simplemente estaba usando el procedimiento para obligarlos a hablar con ella sin la asistencia de un abogado u otro representante. La demanda fue rechazada por el tribunal especial establecido para revisar la impugnación presentada

⁹⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21^e eeuw*, Den Haag: Xerox/OBT 2016, pp. 392 y 394.

⁹⁹ El autor ha fungido como miembro del Comité de Gobierno.

¹⁰⁰ Este párrafo se basa, en parte, en el blog del autor "Juicios adaptados para el niño y la niña"; véase <https://leidenlawblog.nl/articles/child-friendly-judgments> (consultado por última vez el 15 de septiembre de 2019).

¹⁰¹ Véase también, STALFORD, H. y HOLLINGSWORTH, K. (de próxima publicación) sobre desarrollos similares en el Reino Unido.

¹⁰² Tribunal de Distrito de Rotterdam, 2 de febrero de 2017, ECLI: NL: RBROT: 2017: 911.

por los niños. La sentencia especial del tribunal se formuló, como lo expresó el mismo tribunal, en "un lenguaje que los niños puedan entender". Al hacer uso de resúmenes breves y conclusiones provisionales, el tribunal trató de explicar los pasos que llevaron a la sentencia final. Los fundamentos legales de la sentencia también se formularon de manera menos formal. Este es un ejemplode de los primeros intentos de los tribunales holandeses de realizar sentencias más accesibles y comprensibles para los niños y las niñas. A su vez, el 21 de marzo de 2017, el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden intentó hacer algo similar en un caso de protección del niño o niña, ya que dirigió un párrafo específico al niño, con el fin de explicarle las conclusiones del tribunal de una manera adaptada para éste.¹⁰³ En otro caso relacionado con la residencia habitual de un niño, el Tribunal de Distrito de Midden-Nederland (Utrecht) redactó una sentencia completa en un lenguaje que pretendía ser más accesible para el niño involucrado.¹⁰⁴ Más recientemente, el Tribunal de Distrito de Limburgo decidió redactar una carta separada para el niño, con la finalidad de informarle los resultados del caso en el que el niño había presentado ante el tribunal una solicitud informal para cambiar su residencia habitual y, en consecuencia, informó a los padres.¹⁰⁵

Los tribunales holandeses no están solos en su intento de aumentar la accesibilidad de sus sentencias para los niños y niñas. En Inglaterra, en febrero de 2016, el Honorable Juez Peter Jackson pronunció, por primera vez, una sentencia con lenguaje adaptado para los niños y las niñas.¹⁰⁶ Este caso se refería a una orden de restricción entre un padre y sus hijos, ya que el padre había tratado de llevar a los niños a Siria con el pretexto de un viaje a Disneylandia en París. La sentencia fue relativamente breve

¹⁰³ Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden, 21 de marzo de 2017, ECLI: NL: GHARL: 2017: 2579.

¹⁰⁴ Tribunal de Distrito de Midden-Nederland, 22 de marzo de 2017, ECLI: NL: RBMNE: 2017: 1541.

¹⁰⁵ Tribunal de Distrito de Limburgo, 29 de enero de 2019, ECLI: NL: RBLIM: 2019: 1253.

¹⁰⁶ Consejo del Condado de Lancashire vs. M & Ors (Rev 1) [2016] EWFC 9 (04 de febrero de 2016).

y escrita de manera más accesible. El juez usó oraciones cortas combinadas con un resumen legal al final de cada párrafo ("En lenguaje legal, hago estos hallazgos..."). El caso recibió atención en Inglaterra y en el extranjero, también por ser el primer caso en el que un juez usó la función de *emoji*:☺. Un caso que, posiblemente, ha atraído aún más atención fue el relacionado con una disputa de custodia, y en el que el mismo Juez Peter Jackson redactó una carta a un niño de catorce años de edad llamado Sam, comenzando con las líneas:

Querido Sam, fue un placer conocerte el lunes y espero que tu campamento de esta semana haya ido bien. Este caso es sobre ti y tu futuro, por lo que estoy escribiendo esta carta como una forma de comunicar mi decisión a ti y a tus padres.¹⁰⁷

El Juez Jackson explica con detalle al niño qué decisión se tomó y por qué el tribunal finalmente decidió fallar en contra de los deseos del niño de vivir con su padre en el extranjero.

Estos desarrollos en los Países Bajos, y en otros lugares,¹⁰⁸ revelan una cierta conciencia entre los jueces sobre la importancia de hacer que los juicios que afectan a los niños sean más accesibles y comprensibles para los ellos. Ciertamente, este es un desarrollo interesante a la luz de los conceptos de justicia adaptada para niños y su acceso a la justicia. Las Directrices sobre la justicia adaptada para la infancia enfatizan la importancia de "las sentencias y resoluciones judiciales que afectan al niño (...) explicadas en un lenguaje que éste pueda entender, particularmente, aquellas decisiones en las que no se han seguido su punto de vista y opinión".¹⁰⁹ Aunque debe reconocerse que emitir juicios en un lenguaje adaptado para los niños y las niñas no es algo fácil de hacer y plantea muchas preguntas, incluyendo aquéllas relacionadas con el papel que juegan los tribunales (y otros profesionales del derecho) y su responsabilidad, así

¹⁰⁷ Una (Carta a una persona joven), Re (Rev 1) [2017] EWFC 48 (26 de julio de 2017).

¹⁰⁸ Para más ejemplos, véase Stalford, H. y Hollingsworth, K. (de próxima publicación).

¹⁰⁹ Primera parte, cap. IV, directriz 49.

como la capacitación, los medios y tiempo disponibles con los que cuentan los profesionales del Poder Judicial para que emitan juicios más accesibles para los niños, está claro que los juicios adaptados reflejan un cierto nivel de liderazgo. Se trata de un liderazgo y compromiso entre los profesionales del Poder Judicial para la implementación de las nociones internacionales de los derechos del niño y la niña en su práctica legal y para el reconocimiento de los niños no sólo como titulares de derechos, sino también como actores que se ven afectados —directa o indirectamente—, en asuntos del derecho de familia.

VI. Algunas observaciones finales

Está claro que el sistema legal holandés, particularmente, el sistema de derecho de familia, se ha vuelto más sensible a los derechos de los niños, su acceso a la justicia y al concepto de justicia adaptada para estos últimos. A pesar de ello, es posible argumentar que el sistema legal y la tradición holandesas —en su estado actual y en desarrollo— justifican un enfoque crítico con base en los derechos de los NNA y los principios de la justicia adaptada para estos. Entre otros aspectos que resultan criticables se encuentran la incapacidad legal de los niños o menores (como regla general) y la limitación de doce años de edad, para que los niños siempre sean escuchados por el tribunal. Ambos aspectos, entre otros posibles, requieren una mayor reflexión y una posible reevaluación a la luz del compromiso que ha adquirido el Gobierno holandés respecto a los derechos del niño y la niña al haber ratificado en 1995 la CDN. Teniendo en cuenta la tradición del derecho civil en los Países Bajos, sería esperar demasiado que el Poder Judicial sea el líder en este asunto de forma independiente y sin el apoyo del legislador. Sin embargo, y como demuestran distintos capítulos de este libro, los tribunales podrían dar un paso adelante al reconocer que en los últimos 30 años los derechos del niño y la niña se han convertido en una importante fuente de derecho, lo cual también debe tomarse en serio a la luz de la creciente referencia e inclusión de la jurisprudencia de los tribunales europeos.