

---

**INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUTH AND  
FAMILY JUDGES AND MAGISTRATES**

---

# **THE CHRONICLE**

---

**Español**

**Français**

**English**

**Enero 2019**  
**Janvier 2019**  
**January 2019**

---

[www.aimjf.org](http://www.aimjf.org)

# SUMARIO

<b><u>1. EDITORIAL</u></b>	<b>5 - 7</b>
<b><u>2. ESTUDIO COMPARATIVO – LA DIVERSIDAD DE CONFIGURACIONES FAMILIARES</u></b>	<b>7</b>
<b><u>2.1. ABORDAJES TEÓRICOS</u></b>	<b>7</b>
<b><u>2.1.1. Subrogación Comercial Internacional: Su Impacto en los Derechos del Niño y el Rol de los Tribunales de Familia. Claire Achmad, Nueva Zelanda</u></b>	<b>7 - 12</b>
<b><u>2.1.2. Filiación de niños nacidos por subrogación en Canadá y Quebec Michelle GIROUX – Canada</u></b>	<b>12 - 14</b>
<b><u>2.1.3 Técnicas de reproducción asistida en Chile. Gabriela Ureta Roiron – Chile</u></b>	<b>14 - 21</b>
<b><u>2.1.4 Guarda familiar: la mejor respuesta para nuestro sistema de cuidado de acogimiento Leonard Edwards – EUA</u></b>	<b>21 - 27</b>
<b><u>2.2. JURISPRUDENCIA</u></b>	<b>27</b>
<b><u>2.2.1 Canada – pluriparentalidad y subrogación</u></b>	<b>27 - 28</b>
<b><u>2.2.2. Brasil – pluriparentalidad</u></b>	<b>28 - 29</b>
<b><u>2.2.3. Reino Unido – guarda</u></b>	<b>29 - 31</b>
<b><u>3 LA JUSTICIA DE LA JUVENTUD Y FAMILIA EN CUESTIÓN – ACCIONES DE PERFECCIONAMIENTO INSTITUCIONAL</u></b>	<b>31</b>
<b><u>3.1 Especialización de jueces y fiscales en Justicia Juvenil Theresa Höynck – Alemania</u></b>	<b>31 - 35</b>
<b><u>3.2. Niños en contacto con el sistema de justicia Actualización de las Directrices, ¡tú también puedes ayudar! Avril Calder – Inglaterra y Jean-François Noël - Canada</u></b>	<b>35 - 37</b>
<b><u>4. ABORDAJES GENERALES</u></b>	<b>38</b>
<b><u>4.1. ABORDAJES TEÓRICOS</u></b>	<b>38</b>

# SUMARIO

<a href="#"><u>4.1.1. Autonomía progresiva de niños y adolescentes y derecho civil: Un acercamiento a la experiencia Argentina. Marisa Herrera - Argentina</u></a>	<b>38 - 43</b>
<a href="#"><u>4.1.2. El rol del Estado en la realización de los derechos del niño, niña y adolescente. Niñez trans. Claves en perspectiva de la infancia y adolescencia". Gabriela Yuba, Argentina</u></a>	<b>43 - 53</b>
<a href="#"><u>4.1.3. Avanzo del Testimonio Especial del Niño Víctima de Violencia en Brasil. Antonio Jorge - Brasil</u></a>	<b>53 - 56</b>
<b>4.2. JURISPRUDENCIA</b>	<b>56</b>
<a href="#"><u>4.2.1. EUA – Caso Roper v. Simmons – Prohibición de imposición de pena de muerte a adolescentes (enviado por el Juez Leonard Edwards)</u></a>	<b>56 - 57</b>
<a href="#"><u>4.2.1. Sudáfrica – representación de niños en la justicia civil</u></a>	<b>57</b>
<b>5. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA</b>	<b>57 - 60</b>
<a href="#"><u>Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni, Comentario de presentación del libro de Mary BELOFF, Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018</u></a>	
<a href="#"><u>6. LA AIMJF EN ACCIÓN (NOTICIA SOBRE ACCIONES DEL COMITÉ EJECUTIVO) – Marta Pascual, presidente de la AIMJF</u></a>	<b>60 - 62</b>
<a href="#"><u>7. NOTÍCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS REGIONALES</u></a>	<b>62 - 63</b>
<a href="#"><u>7.1. Norteamérica</u></a>	<b>63</b>
<a href="#"><u>7.1. Sudamérica</u></a>	<b>64</b>
<a href="#"><u>7.2. Europa</u></a>	<b>64 - 65</b>
<a href="#"><u>8. Agenda de eventos</u></a>	<b>65</b>
<a href="#"><u>8.1. Conferencia anual NCJFCJ - EUA</u></a>	<b>65</b>
<a href="#"><u>8.2. Tribunales Ficticios de Derechos del Niño en la Universidad de Leiden</u></a>	<b>65 - 66</b>

# SUMARIO

---

<a href="#"><u>8.3. MAESTRIA EN DERECHO DE LOS NIÑOS – UNIVERSIDAD DE LEIDEN, HOLANDA</u></a>	<b>66 - 67</b>
<a href="#"><u>8.4. Pre congreso mundial y encuentro regio- nal latinoamericano de la AIMJF</u></a>	<b>67</b>
<a href="#"><u>9. Rúbrica de la Tesorería</u></a>	<b>67</b>
<a href="#"><u>10. Rubrica de contactos</u></a>	<b>68 - 69</b>
<a href="#"><u>11. La Crónica - La voz de la AIMJF y su comité editorial</u></a>	<b>70</b>

## 1. EDITORIAL

**Eduardo Rezende Melo**

Editor en Jefe de la Crónica



Tengo el doble honor de suceder a Avril Calder como editor jefe de la Crónica y de poder colaborar con Marta Pascual, nuestra nueva presidenta de la AIMJF, en este trabajo de profundizar abordajes y estudios sobre derechos de la niñez y el Sistema de Justicia.

Debo decir igualmente que es un doble reto: mantener la calidad y excelencia del trabajo de Avril e incorporar a la Crónica el dinamismo y visión de Marta.

Aunque con un corto espacio tiempo en organización del nuevo consejo editorial y de esta edición, esperamos poder presentar un trabajo que refleje la continuidad pero también la apertura a nuevas maneras de interacción de la Crónica con las distintas actividades de la Asociación y, especialmente, de una manera lo más cercana posible de sus miembros.

Estos cambios se reflejan primeramente en un nuevo diseño de la Crónica, más fácil para la consulta, permitiendo acceder a los artículos a partir del sumario, por un link, y, en un solo do-

cumento, tenemos las tres versiones oficiales, en español, francés e inglés.

Buscamos igualmente reflejar la diversidad cultural de los miembros de la Asociación ampliando el Consejo Editorial de la revista, que ahora cuenta con miembros de todos los continentes y de los distintos modelos jurídicos. Hemos agregado consejos consultivos regionales, para lo cual invitamos miembros de cada país representado en la Asociación, con el objetivo de crear más canales de participación y colaboración.

A estos cambios, formales y organizacionales, se sumó la preocupación de brindar a los miembros estudios generales sobre los derechos de NNA, y también posibilitar que estos temas puedan ser profundizados de manera comparativa, invitando a los miembros y colaboradores de la asociación para que escriban artículos teóricos, presenten tendencias jurisprudenciales o nuevos tratamientos normativos en los distintos países y regiones. El comité editorial y los comités regionales consultivos fueron, y serán, en este campo, de decisiva importancia.

Esta triple base del estudio de nuestro campo del derecho, doctrina, jurisprudencia y el texto normativo, no podrían, en una Asociación de Magistrados, disociarse de la reflexión sobre la organización de la Justicia, sus retos, sus nuevos horizontes. Este es un campo que nos une tanto a magistrados como a jueces de la niñez, por lo tanto hemos de procurar proveer no solamente reflexiones teóricas, sino también pensar la movilización del Consejo Ejecutivo y de los distintos niveles de la Asociación como ejes primordiales para el perfeccionamiento de la Justicia y, por ende, de su capacidad de garantizar derechos.

Aunque en esta primera edición hemos dado un plazo muy corto tanto a miembros como a colaboradores para que escribieran sus artículos, con mucha satisfacción les presentamos el resultado de este esfuerzo colectivo de reflexión sobre niñez, derechos y justicia.

Nuestro tema de debate comparativo en esta edición fue la diversidad de modelos familiares y los derechos de los niños.

Eduardo Rezende Melo tiene graduación en derecho y filosofía, el grado de Mestre en los dos campos y finaliza su Doctorado en Derecho por la Universidad de São Paulo, Brasil. Es Editor en Jefe de la Crónica desde 2018, fue secretario general de la AIMJF de 2010 a 2014 y presidente de la Asociación Brasileña de Jueces y Fiscales de la Niñez y Juventud de 2008 a 2010. Juez desde 1991, siempre trabajando con derechos de los niños, es uno de los coordinadores pedagógicos de la Escuela de la Magistratura del Estado de São Paulo, Brasil, en el campo de los derechos de los niños.

La Doctora Claire Achmad, de Nueva Zelanda, nos brinda un análisis global de la gestación subrogada comercial y su impacto en los derechos humanos, particularmente de niños y niñas. A partir de la consideración, de un lado de los derechos en juego para NNA y del otro, de la falta de consenso internacional sobre el tema, especialmente por la falta de legislación, evalúa los retos y el rol de los jueces para la protección de los derechos en cuestión, con base en la Convención sobre los derechos de los niños.

La profesora Michelle Giroux, de Canadá, analiza la filiación de niños y niñas nacidos por gestación subrogada en su país, específicamente en la provincia de Quebec. Presenta el cuadro normativo de su país y de la provincia francófona y discute, basada en precedentes jurisprudenciales, situaciones concretas que señalan la necesidad de cambios legales, preguntándose asimismo cuáles serían los parámetros de análisis para dicho cambio.

La Doctora Gabriela Ureta, comenta los límites normativos de Chile con respecto a las técnicas de reproducción asistida, presentando un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como importante referencia para la consideración de los derechos en cuestión. Analiza entonces casos chilenos y su tratamiento por la Justicia y la necesidad de perfeccionar la legislación nacional.

El Doctor Leonard Edwards, de Estados Unidos, abre otra corriente de discusión: cómo considerar la familia cuando sea necesario retirar NNA de sus hogares por situaciones de abuso o negligencia. Presenta estudios estadísticos de su país sobre colocación en guarda a parientes en estas situaciones además de un análisis cualitativo en términos de respeto a los derechos de los niños, recomendando que los jueces trabajen más junto a los servicios sociales para que la familia ampliada sea considerada en estas situaciones límites.

Al cabo de este análisis, traemos casos jurisprudenciales enviados por miembros de la Asociación sobre pluriparentalidad en Canadá y en Brasil y una interesante discusión en el Reino Unido en un caso de tenencia sobre

compatibilización de valores entre comunidades distintas (judía ortodoxa y LGTB) con respecto a los derechos de los niños.

Estrenamos en esta edición una sección específica dedicada a temas relativos al perfeccionamiento de la Justicia. La profesora alemana Theresia Höylnck nos presenta un interesante análisis sobre el grado de efectiva especialización de jueces que ejercen judicatura especializada en el área penal juvenil, evidenciando la discordancia entre el marco normativo y la realidad de la Justicia especializada.

En esta misma sección, Avril Calder, expresidente de la AIMJF, presenta las actividades realizadas para la divulgación de las Directrices de la Asociación sobre justicia amigable para niños.

En el ámbito de estudios generales, tres artículos discuten el grado de reconocimiento de los derechos de niños y niñas en su especificidad existencial.

La Profesora Marisa Herrera analiza el principio de la autonomía progresiva (o evolución de las capacidades) en el derecho civil argentino, con especial atención al derecho a la salud y a la sexualidad.

La Doctora Gabriela Yuba, también de Argentina, discute, a partir de un caso de transexualidad en una escuela de su país, el reconocimiento normativo y práctico de derechos sexuales de NNA, y el deber del Estado de protegerlos.

Por fin, el Profesor Antonio Jorge, de Brasil, presenta resultados de una investigación en el momento de inicio de aplicación de nueva legislación en su país sobre el testimonio anticipado de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia.

El retirado juez Leonard Edwards envía un archivo que, aunque no tan reciente, tiene alto valor simbólico y práctico, con la prohibición en Estados Unidos de aplicación de pena de muerte a adolescentes y asimismo sobre la representación de niños en juicios civiles en Sudáfrica.

En nuestra sección de revisión bibliográfica, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni presentan la obra de Mary Beloff, Catedrática

de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires) y Fiscal General de Política Criminal. en la cual analiza fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los niños.

Terminamos esta edición con secciones referentes a las actividades de la Asociación.

Marta Pascual, actual presidente, presenta los objetivos de su gestión. En el ámbito regional, garantizamos espacios para que los diferentes continentes, a través de sus consejos consultivos regionales puedan presentar sus actividades.

La agenda de eventos, en Estados Unidos y en Holanda, la rúbrica de la tesorera, noticias de la página web en proceso de renovación también y del comité editorial cierran esta edición.

Esperamos que el resultado sea estimulante en lo teórico y sirva como invitación para una participación más cercana de nuestra Asociación, especialmente en esta Crónica.

Todos están desde luego invitados a escribir para la próxima edición, de julio, cuyo tema de estudio comparativo será el crimen organizado (incluyendo terrorismo) y los retos de la Justicia Juvenil.

Con un especial agradecimiento a mis compañeros del Consejo Editorial, de los Consejos Consultivos Regionales y a todos los que colaboraron para esta edición, les deseo una buena lectura!

## 2. ESTUDIO COMPARATIVO – LA DIVERSIDAD DE CONFIGURACIONES FAMILIARES

### 2.1. ABORDAJES TEÓRICOS

#### 2.1.1. Subrogación Comercial Internacional: Su Impacto en los

## Derechos del Niño y el Rol de los Tribunales de Familia

Claire Achmad – Nueva Zelanda



#### Introducción y Antecedentes

Durante el último medio siglo, el concepto de familia ha experimentado profundos cambios en muchos lugares del mundo. En parte, esto ha ocurrido debido a los avances en los métodos científicos y tecnológicos que permiten la formación de la familia. Desde que el primer niño del mundo nació mediante la fertilización in vitro en 1977, los avances científicos en conocimiento y capacidad tecnológica médica han seguido desarrollándose. Esto ha significado que las opciones para la formación de familias que utilizan tecnología de reproducción asistida (ART) se vuelvan más accesibles y más amplias. Sin embargo, algunos de los avances en esta área han generado importantes preguntas y desafíos éticos, legales y morales.

Durante la última década en particular, los avances en el campo de la reproducción humana asistida se han acelerado rápidamente en varios sentidos. En este tiempo, estos nuevos desarrollos han sido más marcados en dos áreas: en primer lugar, la subrogación como un método alternativo de formación familiar; y en segundo lugar, los avances en ingeniería genética. Los últimos, han llevado al advenimiento de la terapia de reemplazo mitocondrial, que

Claire Achmad es especialista en políticas y derechos humanos con un Doctorado de la Universidad de Leiden. El título de su tesis doctoral es "Los derechos del niño en la subrogación comercial internacional" (2018). Es miembro del grupo central de expertos convocado por el Servicio Social Internacional para diseñar y redactar principios a fin de lograr una mejor protección de los niños en la subrogación internacional, y ha asesorado a la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Venta y la explotación Sexual de los Niños en asuntos de subrogación internacional. La Dra. Achmad es admitida como abogada especialista (Barrister and Solicitor) del Tribunal Superior de Nueva Zelanda, y actualmente es Gerente General de Defensa, Barnardos, defiende los derechos y el bienestar de los niños y reside en Wellington, Nueva Zelanda.

puede implementarse para evitar que los niños nazcan con trastornos genéticos hereditarios causados por mutaciones mitocondriales.

El uso de la terapia de reemplazo mitocondrial aún se encuentra en sus inicios. Reino Unido es el primer estado del mundo en legislar para hacer posible su uso en ART. Esto significa que ahora los niños pueden nacer con el ADN de tres padres genéticos. Queda por verse si otros estados seguirán su ejemplo para legislar y permitir el uso de ingeniería genética en ART.

Por otro lado, el uso de la subrogación como un método alternativo de formación de la familia se ha extendido mucho en la última década. El aumento de la subrogación ha sido más evidente en el contexto transfronterizo, ya que la subrogación internacional se ha desarrollado en respuesta a la gran demanda generada por múltiples causantes. Esto ha hecho que los mercados de subrogación se establezcan en varios Estados, que buscan proporcionar un suministro de subrogación que se ajuste a la demanda. En lugar de ser estrictamente altruistas por naturaleza, los acuerdos de subrogación en el contexto transfronterizo a menudo tienen un aspecto comercial.

Entre aquellos que buscan un niño a través de la subrogación y los involucrados en el acuerdo que permiten que un niño sea facilitado de este modo, se intercambia dinero.

Por lo tanto, es más preciso referirse a la "subrogación comercial internacional" (ICS, por sus siglas en inglés) al considerar las subrogaciones que tienen lugar en este contexto internacional.

La práctica de ICS plantea importantes cuestiones legales. La más importante, son los desafíos en relación a los derechos humanos que surgen en la ICS, en particular para los niños nacidos a través del mismo. Estos desafíos legales, a su vez, representan un desafío para los responsables legales involucrados en casos individuales de ICS, y para los legisladores y diseñadores de políticas nacionales e internacionales. Este artículo ofrece una ventana a la práctica en evolución de la ICS, con un enfoque

en estos dos aspectos: el impacto de la ICS en los derechos de los niños bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC); y el importante papel que pueden y deben desempeñar los tribunales de familia, los jueces y los magistrados en esta nueva frontera de la práctica nacional e internacional de derecho de familia.

### **El desarrollo de la ICS como nuevo método de construcción de la familia**

La práctica de la ICS involucra a una ó más personas en un Estado (los "padres comitentes") encargando un acuerdo mediante el cual se pretende que un niño nazca en otro Estado, a través de la subrogación. Los padres encargados mantienen la expectativa de que una vez nacido, el niño sea entregado a ellos. Hay muchos escenarios diferentes que pueden jugar en relación con la naturaleza de un acuerdo de subrogación. Esto depende de factores tales como los Estados involucrados y sus posiciones legales relacionadas con la subrogación (es decir, el Estado de origen de los padres encargados y el Estado en el que el niño nace). Siendo indistinto que, se utilicen o no gametos de donantes, si uno, ambos o ninguno de los padres comitentes comparten un vínculo genético con el niño nacido a través de la subrogación; o si la propia subrogada es una subrogación tradicional ó una subrogación gestacional.

### **ICS se ha desarrollado como un nuevo método de formación familiar en respuesta a una serie de causantes. Algunos de los más importantes son:**

- Los patrones cambiantes de personas que esperan hasta más tarde en la vida para tratar de tener hijos en muchos países desarrollados;
- Una tendencia a la baja en las tasas de fertilidad en muchos países;
- Disminución del número de niños que necesitan adopción en todo el mundo, a causa del impacto que ha tenido el principio de subsidiariedad implementado y otros factores; y
- Las leyes y políticas restrictivas que rigen la práctica de la subrogación a nivel nacional en muchos Estados. Lo que significa que la subro-

gación, está disponible sólo de forma limitada o ilegal.

**Estos causantes han funcionado como factores de empuje que llevan a las personas a usar la ICS como un método de construcción familiar. Los impulsores de ICS también han aprovechado tres realidades clave:**

- La globalización y la naturaleza cada vez más interconectada del mundo han facilitado el acceso a los expertos en la materia y la tecnología de ART de manera transfronteriza;
- Muchos estados no tienen leyes y políticas claras que rijan la práctica de la subrogación dentro de su estado (lo que significa que la práctica de ICS se ha podido desarrollar, aprovechando las áreas legales grises); y
- No existe ningún acuerdo internacional o ley para regir la práctica de ICS.

No existen estadísticas oficiales sobre el número de niños que han nacido a través de ICS hasta la fecha. Sin embargo, durante la última década, así como la práctica legal continua de la subrogación comercial en varios estados de los Estados Unidos de América (que ahora también atienden a la demanda internacional), ha habido un auge en la práctica de la ICS. Este auge de ICS se ha centrado en varios estados del Sur Global, donde su práctica ha prosperado. De estos, algunos se han cerrado en gran medida debido a intervenciones legislativas que prohíben la práctica (p. ej. Tailandia) ó esfuerzos del gobierno para limitar la práctica (p.ej., India). Otros siguen funcionando, con una intervención estatal limitada para regular la práctica (p. ej., Camboya) o dentro de un marco legislativo (p. ej., Georgia; Ucrania). En el otro lado del libro contable, algunos Estados en el lado de la "demanda" de ICS han fortalecido, durante la última década, sus posiciones legales sobre la subrogación para prohibir la subrogación comercial con efecto extraterritorial (p. ej., algunos Estados australianos). Otros Estados han aplicado sus leyes nacionales para enviar un mensaje claro de que la ICS no es una práctica que aprueben bajo ninguna circunstancia, incluso cuando los realizan sus propios ciudadanos.

Al prosperar la ICS en algunos Estados, los mismos se han movido para eliminarlo dentro de sus propias fronteras, de todos modos el mercado global de ICS ha demostrado ser flexible y oportunista. El suministro de la ICS surge en nuevas ubicaciones para satisfacer la demanda global, respaldado por la industria de agentes de sustitución y compañías que se han desarrollado detrás de la práctica. Esto fue evidente cuando se extendió a Nepal luego de la imposición de restricciones en la India, y una vez que Tailandia criminalizó esta práctica, se hizo más disponible en Camboya y Laos. Hoy en día, la ICS es una práctica creciente en algunos Estados africanos. y aunque aparentemente no están involucrados hasta la fecha, los Estados de las islas del Pacífico Sur son una región potencial del mundo donde podría desarrollarse en el futuro.

### Los derechos del niño en juego en ICS

El desarrollo de la ICS ha generado innumerables desafíos porque no tiene precedentes en su naturaleza -funciona a través de las fronteras internacionales, involucra a Estados que toman posiciones legales y políticas en conflicto sobre la práctica, y se centra en la reproducción humana. Sin embargo, los desafíos más importantes que surgen a través de la ICS son, posiblemente, aquellos con dimensiones éticas y con relación a los derechos humanos y que se intersectan con la ley (o carencia de la misma). Si bien la subrogación plantea importantes desafíos a los derechos de las mujeres que actúan como madres sustitutas, estas dimensiones son más evidentes cuando se considera la situación de los niños concebidos y nacidos a través de la ICS. A diferencia de la adopción internacional, que proporciona una intervención de protección infantil para proteger y promover los derechos de los niños existentes, los niños en ICS son niños nuevos que se crean a través de las acciones y decisiones de padres comitentes y otros. De los involucrados en este sistema, los niños son los más vulnerables a las violaciones de sus derechos, porque son las personas que carecen completamente de agencia en sus primeros años para abogar por la protección de sus derechos y también están sujetas a las acciones y decisio-

nes de otros -a saber, las partes adultas en los acuerdos de ICS (padres comitentes, madres sustitutas e intermediarios, tales como agentes de sustitución).

Desafortunadamente, lo que queda claro es que las partes adultas de la ICS no siempre toman en cuenta al niño, ó a sus derechos futuros, ni los mejores intereses del niño cuando toman decisiones y actúan en los acuerdos. Esto se aplica en un acuerdo de ICS sólo para las fases previa a la concepción, antes y después del nacimiento. Combinado con la operación de ICS en áreas legales grises y en formas que subvierten las restricciones legales nacionales sobre la práctica de la subrogación, esto puede resultar en que los derechos y los mejores intereses de los niños queden desprotegidos, expuestos a ser vulnerados. Algunos de los derechos del niño corren un mayor riesgo de violación en la ICS, como se ha demostrado en los casos que se han presentado ante los tribunales nacionales y los tribunales regionales de derechos humanos. Estos son los derechos del niño a:

- Preservar la identidad (Especialmente en riesgo cuando se usan gametos anónimos en arreglos de ICS, lo que significa que el niño nunca podrá preservar el elemento genético de su identidad);
- Nacionalidad (en muchos casos, los niños se han convertido en apátridas después de su nacimiento a través de ICS, porque no se les otorga la nacionalidad por su Estado de nacimiento ni el Estado de origen de sus padres comitentes);
- No discriminación (por ejemplo, los niños nacidos a través de ICS a veces son discriminados en la toma de decisiones oficiales en función de su Estado de nacimiento); y
- Conocer y ser atendido por sus padres en la medida de lo posible. (hecho vulnerable debido a las dificultades que a menudo surgen en relación con el reconocimiento de parentesco legal de niños nacidos a través de ICS).

El principio de los mejores intereses del niño y la prohibición de venta de niños *ius cogens* también son precarios en la práctica del ICS. De hecho, se puede argumentar que los niños

están mercantilizados a través de la práctica de la ICS, y la Relatora Especial de la ONU ha declarado, sobre la venta y explotación sexual de niños, que "la subrogación comercial, como se practica actualmente, suele constituir la venta de niños tal como se define en las leyes internacionales de derechos humanos".

### **La persistente falta de consenso internacional sobre ICS.**

Los derechos de los niños y los desafíos de derechos humanos más amplios que surgen a través de la ICS se ven agravados por la persistente falta de consenso internacional sobre la práctica. Esta falta de consenso existe debido a la diversidad de posiciones estatales con respecto a la ICS y subrogación en general. Los estados tienden a caer en una de las cuatro categorías con respecto a la práctica de la subrogación:

- Permiten la subrogación comercial (la práctica de la subrogación comercial se establece explícitamente en la legislación nacional o la legislación nacional no aborda la subrogación);
- Prohiben la subrogación comercial (la subrogación comercial es ilegal dentro de las fronteras nacionales, y en algunos estados, con efecto extraterritorial);
- Son indiferentes a la subrogación comercial (no existe una ley o política nacional relevante que rija la subrogación);
- Permiten la subrogación bajo ciertas condiciones regidas por la ley o los reglamentos (sobre una base altruista o con una comercialidad limitada); ó
- Defienden activamente su posición nacional sobre la subrogación (incluido el proceso de redactar una legislación para regular la subrogación, permitir, prohibir o imponer un abordaje híbrido).

Esta falta de consenso internacional sobre la ICS y el hecho de que varios Estados son contrarios a la ICS basándose en consideraciones éticas y morales, significa que será difícil llegar a un acuerdo internacional sobre la práctica, incluida la posibilidad de una convención internacional que regule la ICS. Sin embargo, se están llevando a cabo varias iniciativas a

nivel internacional, que buscan abordar esta falta de acuerdo. Un Grupo Internacional de Expertos convocado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha estado explorando, desde 2015, la viabilidad de avanzar en el trabajo relacionado con las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la situación de los niños. Esto incluye cuestiones derivadas de la subrogación internacional. El Servicio Social Internacional (ISS) también está trabajando activamente en esta área, con un enfoque específico en la promoción y protección de los derechos de los niños en la subrogación internacional. ISS ha convocado a un grupo central de expertos de todo el mundo, trabajando con el mismo para redactar un borrador de principios para la protección de los derechos de los niños en el contexto de la subrogación. Como parte de esta iniciativa, un grupo multidisciplinario aún más amplio de expertos (que representa a todas las regiones del mundo) y las instituciones clave relacionadas con los niños a nivel internacional, han contribuido al desarrollo de los proyectos de principios. La Reportera Especial de la ONU sobre la venta y explotación sexual de niños ha prestado mayor atención a la ICS a nivel internacional, centrándose en la práctica como parte de sus visitas a los países y recomendaciones al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Esto incluye un enfoque singular en la subrogación a través de su "Estudio sobre la subrogación y venta de niños" presentado al Consejo de Derechos Humanos, en el que formuló recomendaciones de amplio alcance sobre la práctica de la ICS con respecto a la promoción y protección de los derechos de los niños.

El papel de los tribunales de familia, los jueces y los magistrados en la defensa de los derechos de los niños en los casos de ICS.

Debido a que la ICS permanece sin regulación y sin control a nivel internacional, y a la aplicación de leyes nacionales en conflicto a la ICS, los acuerdos a menudo se presentan ante tribunales nacionales de familia, jueces y magistrados. Esto significa que se les puede pedir que tomen decisiones en relación con los contextos sobre los que saben poco y en situaciones que presentan brechas de infor-

mación significativas. Tales casos surgen más comúnmente en relación con las solicitudes de parentesco legal o adopción en ICS, para regularizar la relación entre el niño y los padres comitentes.

Sin embargo, estos casos a menudo plantearán cuestiones más amplias relacionadas con la legalidad y la ética de los acuerdos de la ICS. Por lo tanto, al adjudicar los asuntos de ICS, corresponde a los tribunales de familia, los jueces y los magistrados estar en sintonía con el contexto en el que los niños se presentan ante ellos, después de su nacimiento a través de la ICS. Esto requiere ponerse al día con las leyes y políticas nacionales que rigen la subrogación en el Estado de origen del niño ó el Estado de origen de los padres comitentes, y el Estado de la situación actual con respecto a la práctica de ICS a nivel mundial. También significa que los tribunales de familia, los jueces y los magistrados deben tener una visión amplia y exigir que toda la información relevante se presente ante el tribunal para informar la toma de decisiones en los casos de ICS. Entre otras cosas, esto debe incluir evidencia documental verificable del consentimiento informado de madres sustitutas a su participación en un acuerdo de ICS y a la renuncia de sus derechos paternales relacionados con el niño; información sobre los orígenes genéticos del niño, incluida cualquier participación de donantes de gametos; información sobre las circunstancias de nacimiento del niño; y consultas sobre cualquier esfuerzo realizado por el (los) padre (s) comitente (s) para defender el derecho holístico del niño a la preservación de la identidad.

Considerando los datos mencionados anteriormente, los tribunales de familia, los jueces y los magistrados también ocupan una posición importante debido a que son quienes pueden contribuir directamente a la protección del interés superior y el derecho del niño según el Artículo 8.

Al escribir decisiones y juicios que documentan esta información, y que abordan los mejores intereses del niño y los derechos de CRC explícitamente, los tribunales de familia, jueces y magistrados pueden proporcionar una

importante fuente de información para que los niños nacidos a través de ICS puedan leer y saber más adelante en su vida. Dichas decisiones y juicios pueden servir para respaldar el derecho del niño a preservar su identidad y también pueden proporcionar una fuente de "verdad" oficial con respecto a un momento en la vida del niño en el que se tomaron acciones y decisiones que los afectarán por el resto de sus vidas.

**Conclusión:** Poniendo en práctica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño para proteger a los niños en el ICS

La ICS es una práctica que continúa creando desafíos en la práctica internacional y nacional de derecho de familia. Plantea importantes desafíos en materia de derechos humanos, en particular para las madres sustitutas y los hijos concebidos y nacidos. En ausencia de un consenso o acuerdo internacional que regule el ICS, esta práctica continúa.

Es crucial que los derechos humanos estén protegidos en la ICS. Para contribuir al avance de dicha protección, el autor ha descrito en otro lugar un marco integral de recomendaciones para proteger los derechos del niño en el ICS a través de la implementación del CRC; puede ser utilizado como una herramienta por aquellos que trabajan en este campo e involucrados en ICS. Los tribunales de familia, los jueces y los magistrados pueden y deben desempeñar un papel esencial en los esfuerzos para proteger los derechos de los niños en la ICS. Se encuentran en una posición poderosa para prevenir la venta de niños en ICS y para garantizar que, donde se practica ICS, se tomen medidas deliberadas para proteger y defender los derechos y los mejores intereses de los niños.

## 2.1.2. Filiación de niños nacidos por subrogación en Canadá y Quebec Michelle GIROUX – Canada



Michelle Giroux es profesora titular en la Facultad de Derecho (Sección de Derecho Civil) de la Universidad de Ottawa en Canadá. Es miembro del Laboratorio de Investigación Interdisciplinaria sobre los Derechos del Niño (RLRC) y del Centro de Derecho, Política y Ética de la Salud (CHLPE) de la Universidad de Ottawa.

Las cuestiones que rodean la subrogación son complejas. La práctica de subrogación existe, pese a las estrictas reglas vigentes. Esto se ha visto reflejado en un reporte de investigación multidisciplinario e internacional publicado en 2017, que buscó conocer la aplicación concreta de la ley en dichas situaciones familiares. En este artículo, discutiremos brevemente los tópicos que fueron ampliamente abordados en el reporte, es decir el marco de Canadá para la subrogación, y en particular las disposiciones de filiación de Quebec para un niño nacido de una madre sustituta”.

En la federación canadiense, la subrogación se ve regida por leyes federales y provinciales. El gobierno federal posee competencia sobre la ley criminal y la Ley de Reproducción Humana Asistida, incorporada en 2004, establece la base legal en la que la reproducción humana asistida debe operar a fin de mantenerse legal. Para la mujer la figura de “madre sustituta” no es ilegal, sino que está reglamentada por ley.

Los acuerdos deben ser celebrados sobre una base altruista; sólo la subrogación comercial

es ilegal. La ley federal establece la edad mínima de la madre sustituta en 21 años y prohíbe actividades de personas actuando como intermediarios. El reembolso de ciertos gastos incurridos por una madre sustituta en relación a su subrogación es proveído por la Sección 12 de la ley federal, a pesar de que las regulaciones federales del tema se encuentran todavía pendientes. Dado que las relaciones familiares y la filiación se encuentran bajo jurisdicción provincial o territorial, la ley en estas áreas difiere de una jurisdicción a otra. Adicionalmente, la ley civil inspirada en el sistema francés rige la ley privada en Quebec, mientras que en otras partes del país, es el Derecho Consuetudinario, derivado de la tradición británica, el que aplica.

Algunas provincias han aprobado la legislación de subrogación: Terranova y Labrador, Nueva Escocia, Alberta, Columbia Británica y muy recientemente, Ontario. En provincias donde no hay legislación en esta área (en Ontario hasta recientemente, en Saskatchewan y en Nuevo Brunswick),

Las declaraciones de paternidad han sido emitidas por los tribunales en el mejor interés del niño nacido mediante subrogación para reconocer a los padres previstos.

En Quebec, la Sección 541 del Código Civil provee que cualquier acuerdo de procreación o gestación son nulos. Esta solución, adoptada en 1994, fue una necesidad por razones de orden público, y más precisamente en luz del principio de no comercialización del cuerpo humano y la no disponibilidad del estado civil, así como también para asegurar el interés superior del niño in abstracto.

A pesar de la nulidad de los acuerdos de subrogación, las madres sustitutas son utilizadas para cumplir el deseo de tener un niño, y surge entonces la cuestión de la filiación de los niños nacidos a través de la subrogación. Generalmente, la adopción es empleada, estando permitido este mecanismo, o, en grado menor, el certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero se transcribe en registros del estado civil. La adopción es utilizada principal-

mente para determinar la filiación del niño, tanto para niños nacidos de madres sustitutas en Quebec y el extranjero. Pero, contrariamente a la situación que prevalece en Francia donde la subrogación siempre se realiza en el extranjero y donde la filiación se establece más comúnmente al insertar el certificado de nacimiento del niño en el registro de estado civil francés, en Quebec, sólo hay un fallo judicial que ordena que se inserte el certificado de nacimiento del niño en el registro civil de Quebec.

En cuanto a la adopción, dos escuelas de jurisprudencia coexisten en Quebec: éstas difieren en la decisión de permitir o no la adopción por consentimiento especial del hijo del cónyuge que declaró su filiación al Registrador del estado civil y la madre sustituta. Dos fallos del Tribunal de Apelación confirmaron que, en caso de acuerdo voluntario de subrogación, la adopción, aunque siendo la “solución más insatisfactoria”, debería ser pronunciada en el mejor interés del niño in concreto, a pesar de la nulidad del acuerdo.

Estas sentencias del Tribunal de Apelación indican que la escuela de orden público experimentó un contratiempo, pero persisten las dudas hacia la adopción como un medio para establecer la filiación de niños nacidos a través de la subrogación. Efectivamente, en Marzo 2018, una decisión de primera instancia cuestionó una vez más las conclusiones del Tribunal de Apelación al negar la adopción de gemelos nacidos de una madre sustituta estadounidense: los gemelos fueron entregados a sus padres previstos al nacer, pero la madre sustituta se negó a transferir sus derechos parentales al dar su consentimiento para la adopción, argumentando que los padres previstos todavía le debían sumas de dinero por los servicios prestados.

Esta incertidumbre de la jurisprudencia deja en evidencia que se necesita una reforma legal.

Los jueces entrevistados en el marco del estudio mencionado, tanto en Francia como en Quebec, son bastante unánimes en el tema y piden al legislador que intervenga, ya que se sienten atrapados entre el orden público contractual y los mejores intereses del niño.

### 2.1.3. Filiación de niños nacidos por subrogación en Canadá y Quebec Michelle GIROUX – Canada

Gabriela Ureta Roiron - Chile

¿Pero ¿cómo podemos reformar la ley?

El análisis del derecho comparado indica una amplia variedad de modelos legislativos propuestos: La subrogación puede ser regulada, prohibida (usando la ley criminal o no) o ignorada. Una cosa es cierta: No podemos ignorar este fenómeno y un debate en Quebec es necesario para identificar el modelo más adecuado. Varias preguntas deben plantearse en este debate. ¿Qué es un padre? ¿Sigue el parto, hoy, siendo la base para establecer la maternidad? ¿Es la subrogación una nueva forma de tener un hijo? Si así fuere, ¿Debemos reconocerlo como otro método de reproducción asistida y permitir que los padres intencionados hagan una declaración directa de filiación del niño al Registro de Estado Civil, evitando así su adopción? ¿Debería la subrogación transnacional recibir el mismo tratamiento que la subrogación realizada en Quebec o Canadá? En este contexto, ¿cuál es el mecanismo adecuado: adopción o reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero?

Aunque hasta ahora no ha habido ninguna propuesta por parte del gobierno para enmendar la legislación, algunos expertos legales, instituciones, así como el Comité Asesor de Derecho de Familia., han presentado propuestas para una reforma. ¡El tema debe ahora ser una prioridad en la agenda legislativa de Quebec!

Michelle Giroux es profesora titular en la Facultad de Derecho (Sección de Derecho Civil) de la Universidad de Ottawa en Canadá. Es miembro del Laboratorio de Investigación Interdisciplinaria sobre los Derechos del Niño (RLRC) y del Centro de Derecho, Política y Ética de la Salud (CHLPE) de la Universidad de Ottawa.



#### Introducción

El desarrollo científico y tecnológico iniciado por P. Steptoe y R. Edwards en 1978, que lograron el primer embarazo con técnicas de fecundación in vitro y transferencias de embriones al útero, produjo en las diferentes corrientes filosóficas, religiosas, biológicas y, por supuesto legales, el comienzo de un debate y reflexión sobre los efectos éticos y legales que este nuevo descubrimiento aportaba a la comunidad y especialmente a parejas infértiles que deseaban procrear, y quienes habían logrado conseguir por fin una meta para ellos, inalcanzable hasta esa fecha.

A nivel internacional la Organización Mundial de la Salud ha incorporado progresivamente el concepto de “salud sexual reproductiva” el que fue aprobado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrado en El Cairo en el año 1994.

La infertilidad es considerada una enfermedad del sistema reproductivo por la OMS, lo cual impulsa a los Estados a asegurar la provisión de servicios accesibles y adecuados para su

Gabriela Ureta Roiron es abogada, Juez de Menores y Familia (1990-2014); ha sido Presidenta de la Asociación de Jueces de Menores y de Familia en Chile, actual Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia.

1. Zegers, Fernando. Revista de Universidad de Chile. "Revista Médica Clínica Las Condes. 2010, 21(3) 469-478).

tratamiento.

En Chile, el Estado asumió desde el año 1992 un rol vital en el tratamiento de la infertilidad, financiado a través de un convenio entre Universidad de Chile, el Servicio de Salud Metropolitana y el Instituto de Investigaciones Materno Infantil, para incorporar las técnicas de fertilización in vitro, inyección intracitoplasmática de espermios y criopreservación de pronúcleos y embriones.

En el año 2015 el Ministerio de Salud elaboró una Guía Clínica para el tratamiento de la Infertilidad, en el marco del Programa Nacional de Salud de la Mujer.

La fecundación in vitro es un tratamiento que puede realizarse con transferencia de los embriones al útero o con transferencia de gametos a la trompa de Falopio.

Si bien es cierto las técnicas antes aludidas generan algunos problemas sobre los cuales sería conveniente tener mayores certezas éticas y jurídicas, en general los problemas planteados no han tenido mayor judicialización. En este artículo se citará la experiencia chilena en la materia.

Antecedentes de la experiencia en Chile:

En 1984 nació en este país el primer bebé como resultado de un procedimiento de las técnicas de reproducción asistida y el uso de esta técnica ha crecido rápidamente. Por otra parte, la desigualdad económica impide a las personas de bajos ingresos acceder a este tratamiento, y existen dificultades de acceso adicionales derivadas de la gran centralización del país, y también barreras culturales ya que no todas las personas tienen acceso a información sobre el tema.<sup>2</sup>

El Fondo Nacional de Salud (FONASA) tiene un programa de fertilización asistida que financia el diagnóstico y los procedimientos de baja complejidad y ayuda con los costos de alta complejidad para parejas beneficiarias del Sistema Público de Salud, pero con escasos fondos, y además con requisitos de edad, y otros,

que en la práctica traen como consecuencia que la mayoría de los tratamientos deban ser costeados por las propias parejas. El sistema privado de salud no cubre los procedimientos de técnicas de fertilidad asistida (TRA).

El acceso al TRA en Chile es menor que en otros países latinoamericanos, según datos de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en el año 2013.

A estos tratamientos tienen acceso no solo las parejas heterosexuales, sino también personas solteras y parejas del mismo sexo. Estas personas no están consideradas en las estadísticas ni tampoco tienen acceso a la red de salud pública.

En Chile desde 1990 nacieron más de 5.500 niños como resultados de estos procedimientos, y, según el Ministerio de Salud, existen aproximadamente 250 mil parejas que sufren de infertilidad en Chile.<sup>3</sup>

De lo anterior se concluye que si bien han existido avances en la posibilidad de que las parejas infértiles tengan acceso a las técnicas de reproducción asistida, por su inclusión en programas de salud pública, estas adecuaciones han sido insuficientes por razones económicas, geográficas y sociales.

En Chile no existe hasta la fecha una regulación de estos procedimientos médicos que garanticen o protejan el derecho a acceder a las técnicas reproductivas aunque existen regulaciones asociadas a esta materia y proyectos de Ley aún en tramitación:

Es posible mencionar las siguientes normativas:

a) Resolución exenta N°1072 del año 1985, del Ministerio de Salud, que se refiere a normas de la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria. En síntesis señala que en orden a garantizar el Derecho Constitucional del derecho a la vida y protección de la vida del que está por nacer, previsto en el artículo 19, N°1 de la Constitución Política de la República, y debido al creciente desarrollo de

2. Velarde, Marisa, "Primer Informe Salud Sexual y Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile" Internet: <https://docplayer.es/53840079-Primer-informe-i-salud-sexual-salud-reproductiva-y-derechos-humanos-en-chile-iv-reproduccion-asistida.html> UDP 2016  
3. Velarde, ibid anterior.

modernos conocimientos en el campo de la reproducción y nuevas tecnologías para superar la infertilidad que aqueja a algunas parejas, orienta a los organismos afectos al Ministerio de Salud con normas mínimas que precisan las indicaciones de riesgo, beneficios y costos de la fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria. Señala diversos aspectos éticos y de importancia en su ejecución, riesgos y costos que deben ser considerados, sin desconocer las prioridades asistenciales del Ministerio de la Salud. La Resolución exige que las Instituciones que desarrollen los programas de TRA mantengan registros y observaciones clínicas con protocolos preestablecidos y modificables, material que debe estar a disposición de las Autoridades de la Salud y Autoridades Científicas.

b) La Ley N° 19.585 del año 1998, que modificó el artículo 182 del Código Civil, se refiere a la filiación de un hijo concebido mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida con o sin donante. Señala textualmente: "El padre y madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta".

En Chile la norma ya citada del artículo 182 del Código Civil está referida específicamente a los temas de inseminación artificial y fertilización in vitro, pero no a la maternidad subrogada, y no se refiere a casos en que ésta tenga un origen oneroso. Por lo tanto, su alcance es limitado. No queda claro tampoco que acontezca en el caso de aquellos embriones que no se ocuparon con la debida autorización de sus dueños.

c) Ley N° 20.120 del año 2006 sobre la Investigación Científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana. Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus

aplicaciones clínicas.

La ley citada establece en síntesis que la libertad para llevar a cabo actividades de investigación científica biomédica en seres humanos tiene como límite el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile, garantizando la protección de la vida humana desde la concepción y prohibiendo la clonación y la destrucción de embriones para la obtención de células troncales.

No obstante, la ley citada no resuelve un problema inquietante: el destino de los embriones que no son utilizados en los procedimientos de fecundación in vitro, que podrían ser utilizados clínicamente en otros procedimientos científicos, o bien ser desechados.

#### Derecho Internacional aplicable en Chile

Ante las escasas fuentes de derecho positivo sobre la materia, cabe citar una interesante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sentó una importante jurisprudencia sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar, vinculados a la fertilización in vitro que merece la pena citarse:

142. "El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En

otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

**143.** "El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

**144.** "La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia,

el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

**145.** "En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

**146.** "En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede

ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. "En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. (...)

148. "La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (...)

149. "(...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. "Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende

de al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona."<sup>4</sup>

Sobre la base anterior la sentencia de la Corte resolvió que el Estado de Costa Rica había vulnerado los derechos de los demandantes y ordenó medidas compensatorias y de reparación por haber prohibido la aplicación del procedimiento de FIV.

Merece la pena citar igualmente las consideraciones de la Corte sobre definiciones cruciales para estos efectos. Citamos al efecto los considerandos 176, 179 y 185 a 190 de la sentencia:

176. "En el presente caso, la Corte observa que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

179. "El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

185. "(...) [R]especto a la controversia

4. Corte Interamericana de DDHH. "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" (Fecundación in vitro) vs Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Considerandos 142 a 150.

de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. "No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...).

187. "En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba

de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...)

189. "Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. "Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica."

Teniendo presente que Chile es signatario de la Convención Americana de DDHH, forzoso es concluir que las fuentes de Derecho Internacional citadas por el fallo citado tienen aplicación en Chile, conforme al Art. 5 de la Constitución Política de Chile.

Entre otras fuentes de Derecho Internacional aplicables en Chile merecen por cierto ser mencionadas: la Convención de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); y la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la Mujer (1989).

#### **d) Proyectos de Ley pendientes**

En 1993 se presentó un primer proyecto de ley que pretendía regular técnicas de reproduc-

ción asistida pero su tramitación quedó congelada.

Actualmente existen dos proyectos de Ley que se encuentran en discusión:

a) El primero, originado en el Senado de la República hace hincapié en que el patrimonio genético y germinal del ser humano está fuera del comercio humano; <sup>5</sup>.

b) El segundo, presentado en la Cámara de Diputados en enero del año 2018 pretende regular las crioconservaciones de embriones y los requisitos de utilización de embriones y pronúcleos crioconservados en las técnicas de fecundación humana asistida en todas las parejas o personas solas interesadas. Sin embargo ni éste ni otros que se han presentado posteriormente han logrado terminar como una Ley de la República. <sup>6</sup>.

### Jurisprudencia

#### a) Caso de maternidad impugnada.

En nuestros Tribunales de Familia, hemos conocido sólo un caso, en el año 2018, en que se impugna y reclama la maternidad por doña Camila Chandía, de 26 años de edad, en contra de su madre, doña Verónica Astete y en favor de las mellizas Vera Astete. <sup>7</sup>.

Se trata de un caso de maternidad subrogada en que la demandante, incapaz de llevar a cabo un embarazo, por haber perdido su útero a causa de una enfermedad, expone que junto a su pareja decidieron el inicio de un procedimiento de reproducción asistida. La madre de la demandante se ofreció para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el espermio de su pareja.

El embarazo de la gestante llegó a feliz término, naciendo mellizas, a quienes, sin embargo el Registro Civil les impidió llevar el apellido de la demandante por no ser ella quien tuvo el parto. Las niñas fueron inscritas como hijas de la abuela gestante, su madre. Al cabo de un año, y siendo efectivamente la demandante quien

se hizo cargo de las niñas, junto a su pareja, demandaron impugnación de la maternidad, a la cual la gestante se allanó.

La juez verificó además que efectivamente el ADN de las niñas correspondía a la pareja demandante y no al de la abuela gestante y finalmente dio lugar a la demanda y para ello se basó en el artículo 182 del Código Civil ya mencionado y en la normativa internacional y en su sentencia menciona por una parte la Convención de los Derechos del Niño, invocando los artículos 7, 8 n°s1 y 2, el Derecho de Identidad que tienen las menores a conocer su origen y, además, el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 3.

#### b) Caso de chilenos arrestados en Perú

La discusión se ha intensificado nuevamente en Chile a raíz de una noticia aparecida en la prensa sobre un caso de maternidad subrogada.

En efecto los ciudadanos chilenos Jorge Tovar y Rosario Madueño, fueron encarcelados, a principios de septiembre de 2018 en las prisiones de Ancón II y del Callao, tras haber sido arrestados el 25 de agosto de 2018 en el Aeropuerto Internacional de Lima por un supuesto delito de trata de personas, cuando intentaban volver a Chile con bebés nacidos bajo la técnica de maternidad subrogada. El análisis de ADN practicado a los niños confirmó que los ciudadanos chilenos eran los padres de las mellizas. Solicitada su libertad fueron excarcelados y recuperaron a los niños pero aún persisten procedimientos criminales en su contra no resueltos definitivamente, si bien los cargos fueron modificados a solo "filiación indebida", por lo que provisoriamente se decretó su prohibición de abandonar Perú salvo autorización del Tribunal.

El matrimonio reconoció que habían obtenido a los mellizos a través de una técnica de reproducción asistida con gestación subrogada o vientre de alquiler, realizada en una exclusiva clínica de Lima, y en la que intervino una de sus enfermeras como madre gestante. El marido

<https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=39232&formato=pdf>

7. 2º Juzgado de Familia, Jueza Macarena Rebolledo; RIT C-7246-2017, caso Menores Vera Astete.

aportó sus gametos, y sometidos los niños a un test de ADN se confirmó tal circunstancia.

En opinión del Presidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, Ricardo Pommer, cabe distinguir en estos casos los conceptos de “vientre de alquiler” y de “maternidad subrogada”, que tanto se ha discutido últimamente en Chile.<sup>7</sup> En su opinión, un primer tipo de situaciones en que la motivación busca efectivamente tener un hijo pero no llevar un embarazo, citando casos como el de una mujer que está a punto de pasar a un grado académico superior, o pasar a un trabajo distinto, o bien una modelo o actriz que no desea estrías, y que en estas situaciones optan por el “arrendamiento” de un útero. El segundo caso que menciona es distinto, ya que se trata de personas que quieren tener hijos pero no pueden concebir, y a ello se le llama vientre subrogado, como sería el caso de los chilenos detenidos en Perú.

### Conclusiones

Las fuentes de derecho aplicables en Chile no permiten mayor claridad sobre la maternidad subrogada o los vientres de alquiler. Si bien existen algunas disposiciones legales y reglamentarias, subsisten muchas dudas sobre las lagunas existentes. Es de esperar que haya soluciones legislativas que aporten una mayor claridad. Indudablemente, una respuesta legislativa ayudaría a las personas que deseen engendrar un hijo así como a las personas e instituciones que intervienen en el campo médico. Igualmente, se impone clarificar cuáles son los límites éticos y jurídicos de estas técnicas. El caso de los chilenos en Perú muestra que ante la incerteza chilena la solución de recurrir a procedimientos en Perú conlleva riesgos peligrosos con inesperados procedimientos penales.

## 2.1.4. Guarda familiar: la mejor respuesta para nuestro sistema de cuidado de acogimiento

Leonard Edwards – Estados Unidos



Resumen:

Este artículo rastrea brevemente la historia de la colocación de niños fuera de sus hogares debido al abuso o negligencia de los padres. La preferencia por la guarda familiar es una ocurrencia reciente. Se resumen las ventajas y desventajas de la guarda familiar en lugar de la guarda temporal o grupal. Las tasas de guarda familiar en todo el país son alrededor del 32%. Varias jurisdicciones tienen tasas de colocación mucho más altas, incluido el condado de Allegheny, Pennsylvania. Los Ángeles, California, está experimentando con prácticas de trabajo social que han producido tasas de guarda familiar de más del 80% durante el año pasado. La forma en que ambas jurisdicciones logran altas tasas de guarda familiar se describe en detalle. Los jueces deben persuadir a sus propias agencias de servicios sociales para que adopten estas prácticas.

Palabras clave: cuidado de crianza; guarda familiar.

Leonard Edwards es juez retirado del Tribunal Superior, desempeñándose actualmente como consultor y docente. En su trabajo, proporciona asistencia técnica a los tribunales de California y de todo el país, especialmente en áreas que involucran al Niño y la Familia.

Ejerció el cargo de Juez del Tribunal Superior en el condado de Santa Clara, California, durante 26 años. Cumplió sus funciones como juez de relaciones familiares y de menores en el Tribunal de menores y, durante seis años, como Juez de residencia en el Centro para Familias, Niños y Tribunales, una división de la Oficina Administrativa de Tribunales de California.

Ejerció el cargo de Juez del Tribunal Superior en el condado de Santa Clara, California, durante 26 años. Cumplió sus funciones como juez de relaciones familiares y de menores en el Tribunal de menores y, durante seis años, como Juez de residencia en el Centro para Familias, Niños y Tribunales, una división de la Oficina Administrativa de Tribunales de California.

8. Entrevista Radio Cooperativa, 10 septiembre 2018. Ver sitio web: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/vientres-de-alquiler-y-maternidad-subrogada-la-situacion-en-chile/2018-09-10/193813.html>

## HISTORIA

Cuando el tribunal de menores retira a un niño del cuidado parental debido a abuso o negligencia, ¿qué tipo de colocación satisface mejor sus necesidades? En los Estados Unidos, la respuesta a esta pregunta ha evolucionado durante más de un siglo. En el siglo XIX Charles Brace dirigió un movimiento para colocar a niños abusados y abandonados con familias. Los famosos Trenes de Huérfanos que creó trasladaron a más de 100,000 niños a hogares en el medio oeste. A pesar de estos esfuerzos, en ese momento la mayoría de los niños que vivían fuera de sus hogares fueron colocados en orfanatos y otros tipos de cuidado grupales.

Para 1910, había más de 1,000 orfanatos en los Estados Unidos y su tamaño promedio había aumentado significativamente desde fines del siglo XIX. La cantidad de niños en orfanatos alcanzó su punto máximo en la década de 1920 con 143,000 residentes en 1923. Después de la Conferencia de la Casa Blanca sobre la Infancia en 1909, nació la política nacional para colocar a los niños en familias y el cuidado de acogimiento nació. La legislación federal proporcionó a las madres solteras ayuda financiera que les permitió a sus hijos permanecer en sus hogares, y aquellos niños sin padres serían colocados en hogares de acogimiento. Sin embargo, los hogares de acogimiento como alternativa al cuidado institucional crecieron muy lentamente en el siglo XX. Fue solo después de la aprobación de la Ley de Bienestar Social Infantil de la India, y la Ley de Asistencia a la Adopción y Bienestar Infantil de 1980 que la cantidad de niños colocados en hogares de acogimiento superó a la atención en instituciones como la ubicación preferida para los niños retirados del hogar de sus padres.

## GUARDA TEMPORAL

Hay problemas significativos con guarda temporal. Primero, a muchos niños colocados en hogares de guarda no les gusta el hogar de acogimiento. Después de todo, se colocan con extraños. Esa transición puede ser traumática. Algunos de estos niños huyen de los hogares de guarda, mientras que otros están separa-

dos de sus hermanos, especialmente si hay un grupo grande de hermanos. En segundo lugar, muchos niños se mudan de un hogar de acogimiento a otro, sin establecerse nunca en una ubicación a largo plazo, un fenómeno conocido como guarda a la deriva.

Tercero, y quizás lo más importante, no hay ahora, ni habrá suficientes hogares de acogimiento para satisfacer la demanda. A pesar de los millones de dólares gastados en actividades de extensión a la comunidad y los esfuerzos de las agencias de servicio social, los jueces y otros defensores de los niños, la cantidad de hogares de guarda disponibles nunca ha sido igual a la cantidad de niños que necesitan una ubicación fuera del hogar. Recientemente, la crisis relacionada con el uso indebido de opioides ha llevado a la necesidad de hogares de acogimiento adicionales, y las jurisdicciones de todo el país no han podido proporcionar suficientes hogares para estos niños. Una indicación de la incapacidad de los hogares de acogimiento para satisfacer las necesidades de colocación de los niños que no viven en su hogar es que aproximadamente 20,000 niños "abandonan" la guarda temporal o institucional cada año, nunca habiendo alcanzado una colocación permanente a pesar del esfuerzo de muchos profesionales.

¿Dónde se encontrarán hogares para los niños que no pueden vivir con sus padres biológicos? Ciertamente no en el cuidado congregado. Irónicamente, la atención congregada que proporcionó casi el 100% de todas las colocaciones hace 120 años es ahora la colocación menos favorecida. La ley federal no lo considera una colocación permanente y requiere que los trabajadores sociales y los jueces tomen medidas extraordinarias para encontrar un hogar permanente.

## GUARDA FAMILIAR

La mejor respuesta es la colocación con familiares. Esa conclusión llegó muy tarde al gobierno de los Estados Unidos. Durante años, el gobierno federal no favoreció la colocación familiar, probablemente debido al viejo proverbio de que "una manzana no cae muy lejos del

árbol". La opinión predominante fue que debido a que los padres demostraron ser abusivos o negligentes, sus propios padres deben haber sido al menos parcialmente responsables de su incapacidad para ser padres protectores. Además, los familiares pueden haber sabido sobre el abuso / negligencia y no haber hecho nada al respecto.

A finales del siglo XX, la política federal finalmente cambió. Con el fragmento de la Ley de 2008 Conexiones de Guarda para el Éxito y Aumento de Adopciones (Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act of 2008), la guarda familiar se convirtió en una colocación preferida para la guarda temporal y un plan permanente reconocido. La colocación familiar ya era una preferencia en la Ley de Bienestar Social de los Niños Indios de 1978, pero sólo para los niños americanos nativos. La preferencia familiar para la colocación ahora es ley federal para todos los niños, y muchos estados, incluyendo California, agregaron estatutos paralelos que reflejan esos cambios.

Colocar a los niños con parientes también refleja lo que las familias han hecho durante décadas. Mientras que a nivel nacional hay aproximadamente 470,000 niños bajo cuidado a través de sistemas estatales de bienestar social infantil, más de 2,500,000 niños viven con familiares mediante colocaciones familiares informales.

La colocación de cuidado familiar se considera actualmente una buena práctica, una que beneficia al niño de muchas maneras. Las estadísticas demuestran que los niños que reciben cuidados familiares tienden a ser tan seguros o más seguros que los niños que reciben cuidados de guarda temporal. Como los niños probablemente conocen a los familiares, esta colocación minimiza el trauma. Los familiares tienen más probabilidades que los padres de guarda temporal de tomar grandes grupos de hermanos, lo que mantiene el contacto entre ellos. La investigación ha demostrado que los niños colocados con sus parientes son mejores que aquellos colocados en hogares de guarda. Experimentan una mayor estabilidad,

tienen menos cambios de ubicación, menos problemas de comportamiento, y no tantos cambios de colegio. Vivir con sus parientes los ayuda a preservar la identidad cultural del niño, mantener las conexiones en su comunidad, y elimina el estigma de infortunio que muchos niños de guarda temporal experimentan.

También hay desventajas en la colocación con familiares en lugar de la guarda temporal. Los padres de guarda generalmente están mejor capacitados para recibir niños en sus hogares. Al fin y al cabo, los padres de guarda temporal deben tener una licencia para cuidar a los niños y el proceso de licenciamiento implica una capacitación formal. Además, estos padres generalmente son más estables económicamente. Sin embargo, la política nacional ahora favorece claramente la colocación con parientes sobre la guarda temporal. Los datos apoyan esta conclusión. Las colocaciones familiares son la colocación más estable, seguida por la guarda temporal y, finalmente, por la guarda institucional. Un estudio reciente de California abordó la estabilidad de la colocación. El estudio midió la estabilidad en diferentes tipos de colocación, incluida la familiar (parentesco), el cuidado de guarda temporal y el cuidado grupal y la cantidad de niños que volvieron a ingresar al cuidado en cada tipo de colocación. Reingresos se refiere a la cantidad de niños que dejan la colocación y deben ser colocados nuevamente. En el estudio, los niños en cuidado familiar volvieron a ingresar al sistema (dejaron su ubicación) en el 7.5% de los casos, mientras que los niños colocados en guarda temporal ingresaron al sistema el 13.4% del tiempo, y los niños en cuidado institucional (hogares grupales) reingresado en el 20.7% del tiempo.

Los mismos investigadores midieron la estabilidad de la guarda para los niños que ingresaron entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2016, y que todavía estaban bajo la misma ubicación 12 meses después. El 90.6% de los niños colocados en guarda familiar permanecieron en ese cuidado después de un año, el 72% de los niños colocados en guarda temporal se encontraban en el mismo hogar un año más tarde, mientras que sólo el 37.1% de los niños colocados en hogares grupales (cuidado

congregado) permanecieron en el mismo lugar un año después.

A nivel nacional, el 32% de los niños colocados en hogares fuera del hogar viven con familiares, el 45% vive en hogares de guarda (no familiares), el 5% vive en hogares grupales y el 7% vive en instituciones. La figura # 1 muestra los porcentajes estado por estado de la cantidad de niños colocados en guarda familiar en cada uno de ellos..

#### FIGURA # 1: PORCENTAJES DE NIÑOS EN ESTADO DE GUARDA FAMILIAR POR ESTADO

Alabama	11 %
Alaska	21 %
Arizona	41 %
Arkansas	16 %
California	32 %
Colorado	20 %
Connecticut	24 %
Delaware	12 %
District de Columbia	18 %
Florida	44 %
Géorgie	17 %
Hawaiï	48 %
Idaho	29 %
Illinois	36 %
Indiana	32 %
Iowa	28 %
Kansas	27 %
Kentucky	4 %
Louisiane	34 %
Maine	33 %
Maryland	39 %
Massachusetts	23 %
Michigan	31 %
Minnesota	21 %
Mississippi	31 %
Missouri	26 %
Montana	43 %
Nebraska	24 %
Nevada	33 %
New Hampshire	19 %
New Jersey	35 %
Nouveau-Mexique	22 %
New York	19 %
Caroline du Nord	26 %
Dakota du Nord	15 %
Ohio	16 %

Oklahoma	33 %
Oregon	19 %
Pennsylvanie	26 %
Rhode Island	30 %
Caroline du Sud	6 %
Dakota du Sud	18 %
Tennessee	13 %
Texas	33 %
Utah	19 %
Vermont	27 %
Virginie	6 %
Washington	35 %
Virginie-Occidentale	19 %
Wisconsin	34 %
Wyoming	26 %

#### GUARDA FAMILIAR EN AUMENTO

Estos son números bajos para la guarda familiar. Podemos y debemos aumentar sustancialmente la cantidad de niños colocados en cuidado familiar cuando son removidos de sus padres. El aumento debe provenir de la práctica mejorada de los trabajadores sociales, como lo ha hecho en el condado de Allegheny, Pensilvania, donde el 65% de las colocaciones de la agencia de servicios para niños son con familiares. También proviene de la participación familiar, como en Nueva Zelanda, donde la Conferencia de Grupos Familiares ha dado como resultado que el tribunal coloca a un 53% de los niños en guarda familiar. Incluso puede ser más alto que en esas jurisdicciones.

El enfoque adoptado por las agencias de servicios sociales en las jurisdicciones más exitosas parece ser sencillo. En jurisdicciones más grandes, como el condado de Allegheny, se creó un equipo de trabajadores sociales cuyo trabajo es identificar e involucrar a los familiares. Cuando el equipo se entera de una eliminación, los miembros inmediatamente están trabajando en una serie de asuntos. Ellos usan el hallazgo de familia para identificar, ubicar e involucrar familiares. Verifican la situación de vida potencial de los familiares para ver si es adecuado para el niño o los niños. Realizan verificaciones de antecedentes para ver si hay problemas criminales o de bienestar social infantil que hagan que sea ilegal colocar al niño con el pariente. También utilizan navegadores

de parentesco para ayudar en las búsquedas familiares. Los trabajadores sociales pueden realizar gran parte de este trabajo de forma electrónica desde su oficina o incluso en un automóvil mientras conducen hacia la escena de la mudanza.

En Nueva Zelanda, el uso de la Conferencia de Grupo Familiar logra gran parte de lo que sucede en el condado de Allegheny. Las Conferencias de Grupos Familiares forman parte de la Constitución de Nueva Zelanda. Requiere que haya una reunión familiar organizada para discutir la crisis en la vida del niño antes de que se tome una acción judicial en casos de dependencia o de justicia juvenil. Las decisiones de colocación en Nueva Zelanda están fuertemente influenciadas por la participación de la familia en el proceso de toma de decisiones.

El condado de Los Ángeles está experimentando con el aumento del número de niños colocados con familiares. Dos de las 19 Oficinas Regionales del Departamento de Servicios para Niños y Familias del condado (Santa Fe Springs y Glendora) utilizan prácticas similares para identificar, involucrar y eliminar los obstáculos legales y burocráticos que han retrasado durante años el proceso de guarda familiar. Estas oficinas comienzan a buscar familiares cuando un caso llama la atención de los servicios sociales. Si la oficina sabe que un juez está emitiendo una orden de custodia de protección, los trabajadores sociales inmediatamente comienzan a interrogar a los familiares y no familiares miembros de la familia extendida (NREFMs non-relative-extended-family members), como amigos de la familia, padrinos y amigos similares cercanos a la familia. La oficina utiliza un motor de búsqueda llamado Family Finding para identificar y ubicar familiares "perdidos". También hacen un mejor trabajo para encontrar padres "no abusadores", ya que esto identifica tanto a los padres como a sus familias extendidas como posibles ubicaciones. Después de todo, los padres proporcionan en promedio el 50% de los familiares de un niño. Incluso la ubicación de familiares que no son adecuados para la colocación puede proporcionar beneficios a la familia si desean ser parte del equipo para ayudar al niño

y a los padres a alcanzar sus objetivos. Todas estas acciones han desarrollado un espíritu dentro de las oficinas de servicio social que pone gran énfasis en localizar y comprometer a los familiares lo antes posible.

Las políticas y los procedimientos de las oficinas de Glendora y Santa Fe Springs permiten a los trabajadores sociales realizar colocaciones de emergencia. Ejecutan una búsqueda en el Sistema de Telecomunicaciones de Cumplimiento de la Ley de California (California Law Enforcement Telecommunication System - CLETS) para garantizar que no haya registros de delitos penales a los que no se pueda otorgar una exención y una búsqueda de Servicios de Bienestar Infantil / Sistema de Gestión de Casos (CWS / CMS) para verificar que no haya historial en el Departamento de Servicios para el Niño y Familia (DCSF). Las oficinas aceleran las excenciones penales para los posibles cuidadores familiares, dependiendo del delito. Pueden aprobar la colocación cuando los antecedentes penales son una falta ó delito menor y para ciertos delitos que ocurrieron hace mucho tiempo. Los trabajadores sociales de Respuesta de Emergencia (ER, por sus siglas en inglés) realizan entrevistas en persona de todos los posibles cuidadores familiares. Debido a la emergencia que implica la colocación, los realizan el mismo día en que la llevan a cabo. Los miembros del personal de la sala de emergencias completan una evaluación inicial del hogar en el momento de la colocación para garantizar que el hogar cumpla con los criterios iniciales y que exista un espacio adecuado para que el niño o los niños duerman. Según los administradores regionales, las barreras más significativas son las excenciones y el espacio en el hogar de un familiar, ya que muchos familiares viven en lugares pequeños, a menudo departamentos.

En la Legislación reciente de California, la Reforma de Cuidado Continuo, permite colocar a los niños con un pariente bajo circunstancias de emergencia utilizando las nuevas pautas de la Evaluación de Recursos Familiares (RFA). Después de que los trabajadores sociales hayan colocado a los niños, los trabajadores sociales de la RFA realizan verificaciones de ante-

cedentes más intensivas, como los de huellas digitales computarizadas, durante el proceso de estudio en el hogar. Si aparece un historial criminal durante las verificaciones de las huellas digitales, el personal de la RFA ayudará a la familia a solicitar una exención siempre que el delito cumpla con los criterios necesarios.

Este trabajo temprano e intensivo le permite al niño ir directamente de su hogar al cuidado familiar sin tener que pasar ningún tiempo en guarda temporal. Un director regional dijo que a veces los niños van de su hogar al hogar de un familiar directamente sin una colocación intermedia. La oficina proporciona a los familiares un estipendio temporal (\$ 400.00 por mes por hogar) durante tres meses para ayudar a los familiares a adaptarse a los niños adicionales que cuidan. Debido a que la mayoría de los familiares necesitan apoyo económico para los gastos del hogar con los miembros adicionales, este es un apoyo crítico.

Dado que el condado y el estado están ahorrando dólares del Título IVE al evitar la guarda temporal, tiene sentido que deban pasar algunos de esos ahorros a los cuidadores familiares. La oficina también proporciona, previa solicitud, cuidado de niños, cunas, asientos para el automóvil y cualquier otro servicio que los familiares podrían requerir. La política de la oficina es cumplir con todos los pasos que sean necesarios para garantizar que la colocación sea exitosa.

Los proyectos comenzaron en cada oficina en octubre de 2016 y los resultados han sido dramáticos. Los índices promedio para las colocaciones familiares son de 77% en la oficina de Glendora y 84% en la oficina de Santa Fe Springs. Este índice ha superado el 90% durante varios meses. En octubre de 2017, los índices de colocación familiar fueron del 84% para cada una de las dos oficinas. Las oficinas lograron estos resultados con la incorporación de un solo miembro de apoyo del personal. Esa persona, un Asistente de Adopción, se agregó a la sección Respuesta de Emergencia y está dedicada al proceso de búsqueda familiar. El éxito ha llevado a una expansión del proyecto. Dos regiones adicionales, el Corredor de Ver-

mont y West LA, comenzaron el proyecto en octubre de 2017.

Aún más, estos proyectos piloto también están implementando reuniones de Equipo del Niño y la Familia, una forma de conferencia grupal familiar. Una vez realizada la asignación, el trabajador social reúne a la familia, incluidos los familiares que han sido contactados y otros que la familia desea incluir, con el fin de hacer planes para el cuidado continuo del niño y cualquier plan de contingencia en caso de que surja algún problema.

## CONCLUSION

Durante años, el autor y muchos jueces de tribunales de menores nos hemos sentido frustrados por la incapacidad de las agencias de servicios para niños de identificar, notificar, involucrar y ubicar a los niños con familiares de manera oportuna. Las verificaciones de antecedentes penales tardaban meses. Encontrar padres era una lucha y algunas agencias simplemente no intentaban localizar a padres solteros. Las búsquedas de familiares a menudo no empezaban hasta que el padre pudiera ser localizado, y muchos familiares se mostraban reacios a participar en el proceso durante el proceso de reunificación, con la esperanza de que el padre con custodia lograría reconciliarse con el niño. Cuanto más larga era la espera, más tiempo permanecía el niño en guarda temporal. Si el niño era un bebé, los padres de guarda se mantenían activos en conservar la custodia mediante impugnaciones en los juicios para mantener la competencia del tribunal de menores.

Ha habido poco que los jueces pudieran hacer más que instar a la agencia a utilizar las mejores prácticas. Asimismo se dieron cuenta de que los cambios en las prácticas de la agencia eran necesarios para acelerar el proceso de guarda familiar. Los dos proyectos piloto en el condado de Los Ángeles y los éxitos de varias de otras jurisdicciones proporcionan una visión de lo que es posible. Cuando otras agencias de servicios sociales de todo el país se enteren de estos resultados, esperamos que modifiquen su práctica y coloquen a más

<https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?co-muid=39232&formato=pdf>

7. 2º Juzgado de Familia, Jueza Macarena Rebolledo; RIT C-7246-2017, caso Menores Vera Astete.

niños con familiares. No se trata de inventar nuevas prácticas. Ahora sabemos que se puede hacer y se puede hacer rápidamente. Será una cuestión de determinación y voluntad de las agencias de servicios sociales y de protección de la infancia en todo el país, si aceptan e implementan estas nuevas prácticas.

Ha habido poco que los jueces pudieran hacer más que instar a la agencia a utilizar las mejores prácticas. Asimismo se dieron cuenta de que los cambios en las prácticas de la agencia eran necesarios para acelerar el proceso de guarda familiar. Los dos proyectos piloto en el condado de Los Ángeles y los éxitos de varias de otras jurisdicciones proporcionan una visión de lo que es posible. Cuando otras agencias de servicios sociales de todo el país se enteren de estos resultados, esperamos que modifiquen su práctica y coloquen a más niños con familiares. No se trata de inventar nuevas prácticas. Ahora sabemos que se puede hacer y se puede hacer rápidamente. Será una cuestión de determinación y voluntad de las agencias de servicios sociales y de protección de la infancia en todo el país, si aceptan e implementan estas nuevas prácticas.

Ahora que la guarda institucional se ha visto desfavorecida por la legislación federal y estatal, y que la guarda temporal sigue siendo incapaz de satisfacer las necesidades de los niños que deben ser ubicados fuera de su hogar, estas nuevas prácticas ofrecen la esperanza de que los estados de todo el país puedan alcanzar la meta de ubicar estos niños en un entorno familiar, preferiblemente con familiares y en tiempo oportuno. Es una razón para tener optimismo.

## 2.2. JURISPRUDENCIA

### 2.2.1 Canada

#### Poli-paternidad

*Ley de Derechos del Niño (Nfld & Lab.), [2018] N.J. N ° 100, 2018 NLSC 71, 7 R.F.L. (8º) 346.*  
*Droit de la famille - 18968, 2018 QCCS 1900*

¿Puede un niño tener más de dos padres?

El 4 de Abril de 2018, el Juez Fowler de la división familiar de la Corte Suprema de Terranova y Labrador, respondió positivamente, invocando los mejores intereses del niño nacido de una relación entre dos hombres y una mujer. Tres semanas después, el 23 de abril de 2018, el Juez Morrison de la Corte Superior de Quebec lamenta que la ley civil de Quebec no permita el reconocimiento legal de la paternidad múltiple. Es por esto, que invitó a accionar para poder reclamar y cuestionar la situación en la que un padre biológico que desea que el apellido de la esposa de la madre biológica, se elimine del certificado de nacimiento del niño para reemplazarlo con el suyo.

Estas dos sentencias judiciales muestran la importancia de la transformación de las relaciones sociales y familiares, así como los desafíos que estos cambios crean desde un punto de vista legal. Nos obligan a pensar en los fundamentos de la filiación en relación con los intereses del niño como también así, a reflexionar sobre el difícil equilibrio entre dos polos que a veces están en conflicto entre sí: el deseo de convertirse en padre y los lazos de sangre. Finalmente, demuestran la flexibilidad que ofrece el Derecho Consuetudinario por la jurisdicción de los tribunales *parens patriae*.

#### Subrogación

A continuación se enumeran diferentes casos de solicitud de adopción para niños nacidos de subrogación.

*Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162 (CanLII)*  
*Adoption – 161 2016 QCCA 16 (CanLII)*  
*Adoption-16199, 2016 QCCQ 8951 (CanLII).*

*Adoption-1631 2016 QCCQ 6872 (CanLII),  
Adoption-1590, 2015 QCCQ 15938 (CanLII),  
Droit de la famille-151772, 2015 QCCS 2308  
(CanLII)  
Adoption-1873, QCCQ 1693 <http://canlii.ca/t/hr4s2>*

## 2.2.2 Brasil

Fallo de la Suprema Corte de Brasil reconoce tutela de las distintas formas de parentalidad y coexistencia de la paternidad biológica y socio-afectiva (enviado por Eduardo Rezende Melo, de Brasil).

Resumen.

Recurso extraordinario. Repercusión general reconocida. Derecho civil y constitucional. Conflicto entre paternidades socio-afectiva y biológica. Paradigma del matrimonio. Superación por la Constitución de 1988. Eje central del derecho de familia: desplazamiento para el plan constitucional. Supra-principio de la dignidad humana (art. 1º, II, de la Constitución Federal – CF). Superación de óbices legales al pleno desarrollo de las familias. Derecho a la búsqueda de felicidad. Principio constitucional implícito. Individuo como centro del ordenamiento jurídico-político. Imposibilidad de reducción de las realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidad constitucional de entidades familiares. Unión estable (art. 226, §3º, CF) y familia monoparental (art. 226, §4º, CF). Prohibición a la discriminación y a la jerarquización entre especies de filiación (art. 227, §6º, CF). Parentalidad presuntiva, biológica o afectiva. Necesidad de tutela jurídica amplia. Multiplicidad de vínculos parentales. Reconocimiento concomitante. Posibilidad. Pluriparentalidad. Principio de paternidad responsable (art. 226, § 7º, CF). Recurso al cual se niega acogimiento. Fijación de la tese para aplicación en casos semejantes.

Teses. 2. La familia, según los preceptos constitucionales introducidos en la CF del 1988, se ha apartado definitivamente de la antigua distinción entre hijos legítimos, legitimados e ilegítimos del antiguo Código Civil de 1916, cuyo paradigma en cuestiones de filiación, por

adoptar presunción basada en la centralidad del matrimonio, desconsideraba tanto el criterio biológico como el afectivo. 3. La familia, objeto de desplazamiento del eje de central de su reglamento normativo para el plano constitucional, demanda la reformulación del trato jurídico de los vínculos parentales a la luz del supra-principio de la dignidad humana (art. 1º, III, da CF) y de la búsqueda de la felicidad. 4. La dignidad humana comprende al ser humano como un ser intelectual y moral, capaz de determinarse y desarrollarse en libertad, de modo que la elección individual de los propios objetos de vida tiene preferencia absoluta con relación a eventuales formulaciones legales definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados elegidos a priori por el legislador. Jurisprudencia del tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE 45, 187). 5. La superación de los óbices legales al pleno desarrollo de las familias construidas por las relaciones afectivas e interpersonales de los propios individuos es consecuencia del supra-principio de la dignidad humana. 6. El derecho a la búsqueda de la felicidad, implícito al art. 1º, III, da CF, al tiempo que lleva el individuo a la centralidad del ordenamiento jurídico-político, reconoce sus capacidades de autodeterminación, autosuficiencia y libertad de elegir los propios objetivos, prohibiendo que el gobierno interfiera en los medios elegidos por los ciudadanos para la persecución de voluntades particulares. Precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos de América y de este Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; APF 132, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011. 7 el individuo jamás puede ser reducido a mero instrumento de consecución de gobernantes, por eso el derecho a la búsqueda de la felicidad protege el ser humano ante las tentativas del Estado de encuadrar la suya realidad familiar a modelos pré-concebidos por la ley. 8. La Constitución de 1988, en carácter meramente ejemplificativo, reconoce como legítimos modelos de familia independientes del matrimonio, como la unión estable (art. 226, §3º) y la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes, apodada de familia monoparental (art. 226, §4º), además de enfatizar que especies de filiación disociadas del matrimonio

entre los padres merecen equivalente tutela delante de la ley, siendo vedada discriminación y, por lo tanto, cualquier tipo de jerarquía entre ellas (art. 227, §6º). 9. Las uniones estables homoafectivas consideradas por la jurisprudencia de esta Corte como entidades familiares, conducen a la imperiosidad de interpretación no-reduccionista del concepto de familia como institución que también se forma por vías distintas del matrimonio civil (ADI 4277, rel. Min. Ayres de Britto, Tribunal Pleno, juzgado en 05/05/2011). 10. La comprensión jurídica cosmopolita de las familias exige la ampliación de la tutela normativa de todas las formas por las cuales la parentalidad puede manifestarse, o sea: (i) por la presunción en consecuencia del matrimonio o otras hipótesis legales, (ii) por la descendencia biológica o (iii) por la afectividad. 11. La evolución científica responsable por la popularización del examen de ADN condujo al refuerzo de la importancia del criterio biológico, tanto para fines de filiación como para concretizar el derecho fundamental a la búsqueda de identidad genética, como natural emanación del derecho a la personalidad de un ser. 12. La afectividad como criterio, por su vez, gozaba de aplicación por doctrina y jurisprudencia desde el antiguo Código Civil de 1916 para evitar situaciones de extrema injusticia, reconociéndose la posesión del estado de hijo y, consecuentemente el vínculo parental, en favor de aquel que utilizara el nombre de familia (nominatio), fuera tratado como hijo por el padre (tractatio) y gozara del reconocimiento de su condición de descendientes por la comunidad (reputatio). 12. La paternidad responsable, enunciada expresamente en el art. 226, §7º, de la CF, en la perspectiva de la dignidad humana y de la búsqueda por la felicidad, impone el acogimiento, en el ámbito legal, tanto de los vínculos de filiación construidos por relación afectiva entre vínculo cuando el superior interés del descendiente fuere el reconocimiento jurídico de ambos. 14. La pluriparentalidad, en el Derecho comparado, puede ser ejemplificada por el concepto de doble parentalidad (dual paternity), construido por la Suprema Corte del Estado de Louisiana, EUA, desde la década de 1980, para atender, al mismo tiempo, al superior interés del niño y a derecho del genitor a la declaración de paternidad. Doctrina. 15. Las

configuraciones familiares ajenas a la regulación estatal, por omisión, no pueden mantenerse sin amparo de la protección a situaciones de pluriparentalidad, por eso que merecen tutela jurídica concomitante, para todos los fines del derecho, los vínculos parentales de origen afectiva y biológica, para que proveen la más completa y adecuada tutela de los sujetos involucrados, ante los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III) y de la paternidad responsable (art. 226, §7º). 16. Recurso a que se niega acogimiento, estableciéndose la siguiente tesis jurídica para aplicación a casos semejantes: “la paternidad socioafectiva, declarada o no en registro público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en origen biológica, con los efectos jurídicos propios”

9. Compartido con autorización de CRIN

### 2.2.3 Reino Unido 9

**Title:**

**En el caso de M (Niños)**

**Tribunal:**

**Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)**

**Citación:**

**[2017] EWFC 4**

**Fecha:**

**20 de Diciembre, 2017**

**Instrumentos citados:**

**Ley de niños de 1989, sección 1 (1) (a)**

**Ley de Igualdad 2010, secciones 4, 7 13 y 85.**

**Ley de Derechos Humanos, Sección 6**

**Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 8, 9 y 14.**

**Resumen del caso:**

**Antecedentes:**

Cinco niños de entre 2 y 12 años vivían con sus padres judíos ultraortodoxos. El matrimonio de la pareja terminó, cuando el padre de los niños realizó la transición y comenzó a vivir como mujer. Los niños permanecieron con su madre, dentro de la Comunidad Haredi del Norte

de Manchester. Ambos padres acordaron que los niños deben seguir viviendo en la comunidad, pero su padre transgénero buscó establecer contacto con los niños. El Tribunal Supremo decidió, con pesar, que debido al riesgo de que los niños sean excluidos de su comunidad si tuvieran contacto con su padre transgénero, ella solo podría tener contacto indirecto con los niños a través de cartas enviadas cuatro veces al año. El padre transgénero apeló el caso y Stonewall y Keshet Diversity UK se unieron al caso como intervinientes.

#### Problema y resolución:

Contacto parental, discriminación transgénero. El tribunal ordenó que el tribunal de familia reconsidere su decisión de rechazar el contacto directo del padre transgénero con sus hijos.

#### Razonamiento judicial:

El Tribunal de Apelación sostuvo tres motivos de apelación: (i) que el juez que escuchó el caso inicial había perdido de vista el principio de que el interés superior de los niños es primordial; (ii) que la sentencia no evaluó por qué el contacto indirecto fue en el mejor interés de los niños, pero el directo no lo fue; y (iii) que el juez no había agotado los poderes de la corte para hacer posible el contacto directo.

En vista de estos hallazgos, el tribunal de apelación formuló una serie de preguntas que el juez debería haber hecho antes de llegar a una decisión final, incluyendo si debe llegar a una conclusión dictada por las prácticas de una comunidad que involucra discriminación y victimización y donde el enfoque está tanto en la comunidad como en la preocupación por los niños afectados. El tribunal también encontró que el juez debería haber preguntado si debía desafiar directa y explícitamente a los padres y la comunidad con la posibilidad de que, sin un cambio de actitud de su parte, el tribunal pueda tener que sacar a los niños del cuidado de la madre, colocarlos bajo la tutela de la corte o incluso poner a los niños al cuidado público.

Observando que el juicio inicial no explicó lo suficiente por qué era posible ordenar que el

padre de los niños pudiera tener contacto indirecto pero no directo, el tribunal señaló que si la inquietud de la comunidad era proteger a los niños del conocimiento de y la exposición a los asuntos de personas transgénero, el contacto indirecto conlleva los mismos riesgos que el contacto directo.

El tribunal también sostuvo que la decisión inicial del juez de no permitir el contacto directo era prematura y que había margen para intentar avanzar hacia el contacto directo.

La sentencia inicial requería que el Centro Anna Freud trabajara con los niños para ayudarlos a comprender la transición de su padre. El Tribunal de Apelaciones, consideró que valía la pena reevaluar el contacto directo una vez finalizado dicho proceso.

El tribunal también sostuvo que la decisión inicial del juez de no permitir el contacto directo era prematura y que había margen para intentar avanzar hacia el contacto directo. La sentencia inicial requería que el Centro Anna Freud trabajara con los niños para ayudarlos a comprender la transición de su padre. El Tribunal de Apelaciones, consideró que valía la pena reevaluar el contacto directo una vez finalizado dicho proceso. El Tribunal lamentó que el juez no se haya dirigido directamente a los argumentos de los derechos humanos y las pruebas de discriminación que surgieron durante la audiencia inicial y establecieron una orientación sobre la forma en que el tribunal de familia debería considerar las cuestiones de derechos humanos planteadas en el caso al tomar una nueva decisión. Se le pedirá al tribunal de familia que considere si hubo alguna discriminación en violación de la Ley de Igualdad, que incluiría la exclusión de los niños por la escuela. El tribunal también proporcionó orientación sobre la aplicación de las disposiciones de no discriminación en virtud de la Ley de derechos humanos, así como el derecho a la libertad de religión y la vida privada y familiar.

#### Notas:

El resumen de CRIN de la sentencia original del tribunal de familia se encuentra disponible aquí

Link a la sentencia completa:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/2164.html>

### 3. LA JUSTICIA DE LA JUVENTUD Y FAMILIA EN CUESTIÓN – ACCIONES DE PERFECCIONAMIENTO INSTITUCIONAL

#### 3.1. Especialización de jueces y fiscales en Justicia Juvenil

Theresa Höyinck – Alemania



##### Introducción

La especialización de profesionales involucrados en procesos judiciales de delitos juveniles es requerida en varias convenciones internacionales y por la ley nacional en países como, por ejemplo, Alemania y Austria. La especialización como la entendemos implica dos asuntos conectados entre sí: competencias especiales en relación a niños en conflicto con la ley y organización de casos, de manera que una parte sustancial de los casos tratados sean casos de justicia juvenil. En Alemania, la necesidad de tal especialización es inobjetable, siendo necesaria para implementar el “principio de educación” (“Erziehungsgedanke”) que es central para la Legislación de Justicia Juvenil Alemana (“Jugendgerichtsgesetz”, “JGG”).

Para los jueces de tribunales juveniles y fis-

cales de jóvenes hay requerimientos legales explícitos sobre especialización, §§ 36, 37 JGG. Sin embargo, hay estudios que han demostrado reiteradamente, y es de conocimiento público en la práctica, que en realidad sólo una minoría de jueces y fiscales en tribunales juveniles están especializados. Este artículo provee un breve esquema de la situación legal y fáctica y los debates circundantes respecto a la especialización de jueces y fiscales y otros profesionales del sistema juvenil en Alemania.

##### Situación Legal en Alemania

La Ley de Tribunales de Menores Alemana (JGG) contiene disposiciones especiales para los tribunales penales de menores en relación con el procedimiento y las sanciones aplicables.

En los tribunales de menores, los delitos cometidos por jóvenes (de 14 a 17 años, “Jugendliche”) y adultos jóvenes (de 18 a 20 años, “Heranwachsende”) son juzgados.

Según § 37 JGG, que trata los requisitos para nombrar jueces juveniles y fiscales juveniles, “los jueces en los tribunales juveniles y los fiscales juveniles deben estar calificados en educación y tener experiencia en la educación de jóvenes”. § 35 (2) JGG proporciona lo mismo para los jueces legos (“Schöffen”) que forman parte de la corte en casos graves. Una directriz específica el tipo de conocimiento esperado: tiene que ser en educación, psicología juvenil, psiquiatría juvenil, criminología y sociología.

Además de los jueces y fiscales, hay otros profesionales involucrados en el tratamiento de casos de menores y en la cooperación en los casos: policías, trabajadores sociales y abogados. La policía está involucrada en las primeras etapas de los procedimientos que conducen la investigación. En casos de desviación, tal vez los policías sean los únicos profesionales que tienen contacto personal con el menor. Sin embargo, aparte de los casos de delitos menores, los trabajadores sociales también suelen participar en casos penales juveniles. No forman parte del sistema de justicia, sino del bienestar social de los jóvenes. Según § 38 JGG, se

Theresa Höyinck es profesora de derecho de la niñez y juventud en la Universidad de Kassel, en Alemania, y presidente de la Asociación Alemana de Cortes Juveniles.

supone que el bienestar social del joven debe ser parte en los procedimientos penales juveniles desde el principio. Sus tareas principales son apoyar al menor, proporcionar información personal sobre el menor a la fiscalía y los tribunales y llevar a cabo medidas alternativas. Los abogados no son los que deciden en los tribunales de menores alemanes, especialmente en los tribunales de distrito. Solo participan en -alrededor de- una quinta parte de todos los casos. Dentro de la ley policial, existe una directriz nacional (PDV 382, actualmente en revisión), que se aplica a la policía que trabaja en casos de menores. El Artículo 1.2 afirma que los casos de menores deben ser regidos por oficiales de policía especialmente entrenados ("Jugendsachbearbeiter").

El tipo de capacitación especial carece de una descripción más amplia, no existe un sistema de calificación formal dentro de la policía para campos específicos. La Ley de Justicia Juvenil también se considera indirectamente relacionada con la policía, porque la policía lleva a cabo la mayoría de las investigaciones prácticas para los fiscales que, según § 37 JGG, deben ser especialmente entrenados.

Para los abogados en Alemania, existe un sistema establecido de especialización en ciertos campos del derecho. No es formalmente necesario ser un abogado especializado para trabajar en los casos respectivos, pero aproximadamente un tercio de todos los abogados tiene una o más calificaciones especiales como "Fachanwalt". Esto requiere experiencia y capacitación continua en el respectivo campo. Por otro lado, en Alemania hay una especialización adicional para el derecho penal. Los abogados deben completar 120 horas de capacitación teórica y aprobar tres exámenes que duran cinco horas cada uno.

Uno de los temas es el derecho penal juvenil, pero es de menor importancia. Los abogados también tienen que demostrar experiencia práctica: durante tres años tienen que encargarse de 60 casos de derecho penal (§§ 4 ss FAO). Si han completado su capacitación y han realizado el número requerido de casos, es necesario permanecer en la capacitación

continua. Para mantener el título "Fachanwalt", deben completar al menos diez horas de capacitación avanzada cada año (§ 15 FAO).

En cuanto a los trabajadores sociales involucrados en casos penales juveniles, hay un artículo muy general que se aplica a todos los profesionales que trabajan en el sistema de bienestar social juvenil: § 72 (1) Código de Derecho Social (SGB) VIII ("Fachkräftegebot") establece que, en general, aparte de la calificación formal (generalmente como trabajador social) de los profesionales del bienestar social juvenil, deben tener los conocimientos especiales y las cualidades personales necesarias para sus responsabilidades concretas. No hay una definición específica de "especial" y "capacidad personal".

#### **Situación de facto en Alemania.**

La capacitación inicial para todos los profesionales que trabajan en casos de justicia juvenil (policía, trabajadores sociales, jueces, fiscales y abogados) es de carácter general. La currícula respectiva de universidades o academias a veces permiten alguna carrera de especialización, pero casi todos los títulos son generales, por lo que es bastante claro que cualquier tipo de especialización sería tendría que realizarse en el trabajo.

En Alemania, los estudiantes de las facultades de derecho reciben una educación general en derecho civil, derecho penal y derecho administrativo. Pueden elegir ciertos cursos especializados, pero el examen final del estado ("erstes Staatsexamen" considerado equivalente a un título de Maestría) siempre cubre la gama completa de campos. Lo mismo ocurre con los dos años de entrenamiento práctico, casi todos los estudiantes de derecho se someten después de la universidad ("Referendariat") y terminan con otro examen ("zweites Staatsexamen").

Los trabajadores sociales son formados en universidades o universidades de ciencia aplicada. Para la mayoría de las posiciones, una licenciatura es suficiente, la mayoría de los programas no están especializados y ofrecen títulos generales en trabajo social. La capaci-

tación policial se lleva a cabo en academias especiales de policía administradas por el Bundesländer, no hay especialización para ciertos campos en este nivel.

La evidencia empírica sobre el grado de especialización de jueces y fiscales de menores en Alemania es dispersa, no existen datos oficiales sobre este tema. Sin embargo, algunos puntos han sido de constante interés para su análisis. El estudio más reciente se realizó en 2013.

Esta investigación reveló que, de los que respondieron, menos del 20 por ciento de los fiscales y alrededor del 13 por ciento de los jueces habían participado en capacitaciones especiales. Los que habían participado, tuvieron un entrenamiento de unos pocos días de duración.

Las razones de los que no asistieron eran variadas. Las causas más importantes fueron la sobrecarga de casos, la falta de programas adecuados y cuestiones privadas. Curiosamente, los jueces y fiscales de mayor edad tenían más probabilidades de participar en una capacitación especial. Esto puede tener que ver con citas más largas para casos de menores y menos obligaciones familiares (trabajo de tiempo parcial, niños pequeños - con bastante frecuencia la capacitación no se lleva a cabo durante horarios habituales).

Invertir en capacitación especial tiene sentido -particularmente- si el conocimiento adquirido será útil para una gran cantidad de casos. En Alemania, sólo una minoría de jueces y fiscales responsables de casos juveniles tratan casos penales juveniles exclusivamente. En 2013, el 38 por ciento de los fiscales responsables de la ley de menores así como el 28 por ciento de los jueces de menores dedicaron toda su carga de trabajo a casos penales juveniles.<sup>13</sup> Aquellos que no sólo se ocupaban de los casos de menores, en promedio, tenían la mitad de su carga de trabajo total con la responsabilidad de otros casos. Una razón para esto es el hecho de que, los tribunales de distrito más pequeños, simplemente no tienen suficientes casos para un puesto completo de juez juvenil.

Pero también en los tribunales más grandes, tiende a haber una filosofía general del uso flexible del personal de acuerdo a las necesidades para enfrentar los desafíos de la organización del tribunal.<sup>14</sup>

En cuanto a las instituciones que cooperan en los tribunales de menores, hay sólo algunos datos sobre la especialización: respecto a los trabajadores sociales involucrados en el proceso de toma de decisiones ("Jugendgerichtshilfe", ver más arriba) el tema de la especialización debe verse en un debate general sobre la organización del bienestar social de los jóvenes. Mientras que los servicios especializados, por ejemplo, para los casos de delincuencia juvenil o de guarda, se consideran beneficiosos con respecto a las competencias especiales necesarias, contradicen la idea de que un profesional sea responsable de una persona o una familia.

Según dos encuestas recientes, alrededor del 50-60 por ciento de los servicios para casos penales juveniles son unidades separadas totalmente especializadas,<sup>15</sup> el resto es parte de una unidad más general que brinda servicios de bienestar social juvenil con mayor o menor especialización dentro de esa unidad.

Las medidas alternativas son frecuentemente proporcionadas no por servicios públicos de bienestar juvenil sino por instituciones privadas. El mercado de bienestar juvenil es impulsado por la presión económica y ha favorecido a los proveedores de servicios grandes y flexibles en lugar de a los locales especializados más pequeños.

Respecto a la policía solo hay evidencia anecdótica.<sup>16</sup> Aunque existen oficiales y unidades especializadas, las mismas parecen estar disminuyendo. Se observan dos razones importantes: una tendencia hacia la especialización de acuerdo con delitos específicos (en lugar de las personas que los cometen) y la disminución del número de otras unidades especiales dentro de los departamentos de policía.

Para todos los puntos mencionados anteriormente, es importante ver que el campo de la

justicia juvenil varía enormemente entre las diferentes regiones. Un problema importante es el tamaño de las instituciones: los grandes entornos urbanos ofrecen muchas más opciones para organizar servicios que las áreas rurales menos pobladas. Los distritos pequeños a menudo no tienen suficientes casos juveniles para unidades especializadas y el acceso a la capacitación no está disponible a nivel local.<sup>17</sup> Un desarrollo interesante hacia la especialización son las unidades ("Haus des Jugendrechts") donde la policía, la fiscalía y el bienestar social que se ocupan de casos de menores, trabajan en el mismo edificio.<sup>18</sup>

### Debates y desarrollos legislativos.

El último debate legislativo nacional sobre el tema de la especialización tuvo lugar en 2011. Uno de los temas principales fue la enmienda de los §§ 36, 37 JGG hacia la especialización obligatoria para jueces y fiscales de menores. El borrador, propuesto por el gobierno federal<sup>19</sup> fue fuertemente opuesto por los estados ("Bundesländer") que son responsables de organizar y financiar el sistema de justicia. Ellos esgrimen razones de costos y grandes problemas administrativos. Finalmente, sólo hubo una pequeña enmienda con respecto a los fiscales juveniles. En su primer año, los fiscales no deben ser responsables de casos de menores. Hasta la fecha, no ha habido una nueva propuesta.

El borrador<sup>20</sup> en preparación para la transposición de la Directiva de la UE (UE) 2016/800 también evita proponer más normas obligatorias, aunque es muy dudoso, si en la práctica, los requisitos de especialización del artículo 20 de la Directiva, se cumplen en Alemania. Se argumenta que el debate de 2011 ha mejorado la situación de la capacitación y que un nuevo intento de cambiar la ley fracasaría en obtener el apoyo necesario en el parlamento. La especialización no es sólo una cuestión de derecho juvenil, también se discute para otros campos del derecho, especialmente el derecho de familia. Aquí también, hubo un debate legislativo sobre los requisitos legales formales, pero no hubo legislación. Solo hubo una resolución del comité legal enunciando que tal

legislación debería ser promulgada en el futuro.<sup>221</sup>

Durante el mismo período, el parlamento aceptó una ley que requiere especialización para los jueces que trabajan en casos de insolvencia como parte de una gran reforma de la ley de insolvencia.<sup>22</sup> Desde enero de 2013, § 22 (6) de GVG establece que, en su primer año, los jueces no pueden tratar este tipo de casos. Deben tener conocimientos en derecho de insolvencia, derecho comercial y de cooperación y conocimientos básicos en partes del derecho laboral, derecho social, derecho fiscal y contabilidad. Si un juez no puede documentar que tiene este conocimiento, sólo se le puede otorgar la responsabilidad de dichos casos de insolvencia si se espera que adquiera el conocimiento pronto.

Evidentemente, esta es una obligación bastante suave, especialmente porque no hay un mecanismo de control formal para los requisitos. En general, los debates y progresos recientes han dejado bastante en claro que, en el sistema legal, las obligaciones de especialización tienen pocas posibilidades de ser legalmente codificadas de manera estricta, aunque la necesidad de un conocimiento especial sea ampliamente aceptada.

### Conclusión e implicancia

La necesidad de especialización en el sistema de justicia juvenil alemán es indiscutible, pero hay serios problemas con la aplicación. Principalmente, por los débiles requisitos legales, otras prioridades administrativas de las instituciones y la falta de oportunidades de capacitación. Especialmente para jueces y fiscales, no existe una cultura de capacitación continua sistemática y regular. Esto lleva al hecho de que la especialización exigida por la Directiva UE-800/2016 no puede considerarse totalmente cumplida, aunque se realizan numerosas actividades de formación. Las aclaraciones a nivel legislativo serían extremadamente útiles para promover un cambio práctico- los últimos debates no sugieren que este objetivo sea exigible. Queda por esperar que el debate futuro sobre el tema y el informe de las obligaciones

de la Directiva impulsen las mejoras que se podrían haber observado en los últimos años en términos de disponibilidad de capacitación e incentivos otorgados dentro del sistema para asistir a las mismas.

### 3.2. Niños en contacto con el sistema de justicia Actualización de las Directrices, ¡tú también puedes ayudar!

Avril Calder – Reino Unido



Jean-François Noël - Canada



Estimados Miembros,  
La historia hasta ahora

En la reunión de la Asamblea General durante el Congreso Mundial en París el pasado mes de mayo, se acordó que exploraría y conduciría los caminos para el futuro uso de nuestras Directrices, Niños en contacto con el sistema de justicia.

Como ustedes ya saben, nuestras directrices se ratificaron en 2017 y se publicaron en el sitio web en inglés, francés y español, con la ayuda de la Asociación Italiana, en italiano ([http://www.minoriefamiglia.it/pagina-ww/mode\\_full/id\\_1229/](http://www.minoriefamiglia.it/pagina-ww/mode_full/id_1229/)), y a la Asociación Croata en croata (<http://uszm.hr>). Gracias a la firma de abogados White and Case y al profesor Hynd Ayoubi Idrissi del CRC, también están disponibles en árabe. Cada delegado en el Congreso Mundial recibió una copia en uno de nuestros tres idiomas y también árabe, gracias a Taghreed Jaber de Prison Reform International (PRI).

Nuestras directrices han contado con la aprobación de muchos sectores. Incluso he recibido una mensaje de la profesora Helen Stafford, cuyo importante libro, Reescribiendo las sentencias de los Derechos del Niño, que también fue publicado ese año, por lo que ella y sus coautores lamentaron no haber sabido de las Directrices antes de la impresión de su libro.

Sin embargo, la profesora Stafford y su coautora, la profesora Kathryn Hollingsworth, lo compensaron con entusiasmo al participar, junto con el profesor Jean Trépanier -presidente del Grupo de trabajo internacional que elaboró las Directrices- en el Taller del Congreso Mundial que abordó el uso de las Directrices por parte de jueces y otros profesionales que trabajan en el campo de la justicia infantil. ¡La sala del taller estaba completa con más de 50 participantes, algunos de los cuales tuvieron que mantenerse de pie!

Después de ese taller, es gratificante que el profesor Trépanier haya sido invitado por Renee Sabbagh, que trabaja para la UNODC y participó en el taller, para unirse a una sesión de capacitación de tres días en Beirut para jueces

Avril Calder actuó como magistrada en Londres por 35 años exclusivamente en dos cortes especializadas – la Corte de procedimientos familiares y de justicia juvenil. En 2014 fue electa presidenta de la AIMJF, habiendo sido tesorera y editora jefe de la Crónica de 2006 a 2018 (avril.calder@btinetrent.com)

Jean-François Noël es graduado y mestre en derecho por la Universidad de Montreal y graduado en ciencias sociales (criminología) por la Universidad de Ottawa. Obtuvo su licencia como abogado en Québec en 1995 y fue nombrado juez el 10 de mayo de 2018 para la Corte de Québec, presidiendo sobretodo la cámara de juventud (Gatineau) [jean-francois.noel@judex.qc.ca](mailto:jean-francois.noel@judex.qc.ca)

Literatura Citada  
Dünkel, Frieder, Criminology and Criminal Justice, Juvenile Justice and Juvenile Delinquency, International and Comparative Criminology, 2016

Eisenberg, Ulrich, Jugendgerichtsgesetz JGG, 20. Auflage 2018.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), Jox, Rolf/Wellenhofer, Marina (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar SGB VIII, 2018.

Höynck, Theresia/Leuschner, Fredericke, Das Jugendgerichtsbarometer. Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten, Kassel 2014.

Kunkel, Peter-Christian/ Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.), Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und

y trabajadores sociales y para impartir capacitación alineada con la que tuviera lugar en París.

#### Futuro de las Directrices

He estado explorando posibilidades con el Juez y miembro de la asociación Jean-François Noël, de Canadá. Le estoy muy agradecida porque tiene una amplia experiencia en el trato con la ONU (en particular la UNODC) y al mismo tiempo fue Director General de la Oficina Internacional de los Derechos del Niño (IBCR)<sup>4</sup> con sede en Montreal. También, he estado en contacto con nuestra ex Presidenta, la Jueza Renate Winter, actualmente Presidenta del Comité CRC.

Las opciones consideradas:

- Adopción por la ONU. Esto sería demasiado costoso para nosotros, alrededor de US\$500,000. El gasto se deriva del costo que implica incorporar a los Estados Miembros, que luego defenderían nuestra causa en la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Jueza Marta Pascual, nuestra actual Presidenta, ha acordado que esta opción está fuera de nuestro alcance.

- Posible asociación con otro programa. El Juez Noël ha hablado con Guillaume Landry, la actual DG IBCR porque el IBCR está involucrado en un proyecto (financiado por La Francophonie) desarrollado para los países africanos. Entiendo que la UNODC en Viena también está involucrada...El objetivo del proyecto es desarrollar competencias clave para los fiscales y jueces que trabajan con niños, así como para otras profesiones relacionadas con la justicia para niños. El programa desarrollado hasta la fecha, por el momento, solo está disponible en francés. Espero recibir la versión en inglés a finales de este mes (Enero), luego de lo cual espero tener discusiones con el Juez Noël y M. Landry sobre colaboración futura.

- Del mismo modo, ha habido un debate muy temprano con la UNODC con miras a la posibilidad de una publicación de las Directrices en estrecha colaboración con ellos. Pue-

de ser que otras organizaciones, por ejemplo, UNICEF, también puedan participar.

- La Jueza Renate Winter ha presentado las Directrices al Ministro de Asuntos Internacionales de Austria con el objetivo de tratar de obtener "el derecho de la ONU a "referirse oficialmente" a las Directrices", permitiendo así a CRC a referirse a ellas en sus comentarios. Esto no está exento de dificultades y no es tan sencillo como podría parecer, pero Renate lo tiene "bajo control"

Por lo tanto, depende de nosotros, promover las Directrices en cualquier momento, en cualquier lugar y con quienquiera que podamos. Los viajes de capacitación como los propuestos para Beirut son muy útiles, al igual que transmitir copias de las Pautas a quienes ocupan puestos de influencia. Por ejemplo, en noviembre de 2018, le entregué una copia al Presidente interino del Tribunal Supremo de Georgia cuando estuve allí como un Experto hablando en un programa de la UE dirigido por Renate.

Muchos de nosotros podemos referirnos a las Directrices no sólo en nuestro trabajo diario: Leo Ratledge, Oficial Legal de Child Rights International (CRIN) me dijo que nuestras Directrices se encuentran en su escritorio, listas para referenciar cuando lo necesite, pero también en discusiones con políticos, académicos, oficiales de policía, trabajadores sociales, etc.

Quizás, también, necesitamos un benefactor para que las Directrices sean profesionalmente -y con la aprobación de AIMJF- traducidas a más idiomas junto con las finanzas para las "sesiones de capacitación" de seguimiento de nuestros miembros para llevar a casa los mensajes. Y por supuesto, para promocionar a ONGs como Terre des hommes (Tdh), PRI, Defence for Children International (DCI) y amigos de CRIN que formaron parte del Consortium del Congreso y promueven su uso en los países donde operan.

#### ¿Cómo puedes ayudar?

Estos son desarrollos positivos, pero creo que

Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Auflage 2018.

para ser ampliamente conocidas y utilizadas, nuestras Directrices necesitan el apoyo y la aprobación de uno o más organismos internacionales o federales interesados en los niños y el sistema de justicia. La ONU sería, por supuesto, ideal; pero como he explicado anteriormente, sería difícil de lograr.

Por lo tanto, sería muy útil si los miembros consideraran a las organizaciones relevantes que operan en su región y sugirieran si existe la posibilidad de abordarlos y de qué manera. Los ejemplos pueden incluir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Comisionados de los Derechos del Niño, los Centros para el Derecho del Niño (a menudo asociados con universidades) y las Instituciones Federales, por ejemplo, en los Estados Unidos, Brasil, Europa, África, etc.

Por lo tanto, sería muy útil si los miembros consideraran a las organizaciones relevantes que operan en su región y sugirieran si existe la posibilidad de abordarlos y de qué manera. Los ejemplos pueden incluir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Comisionados de los Derechos del Niño, los Centros para el Derecho del Niño (a menudo asociados con universidades) y las Instituciones Federales, por ejemplo, en los Estados Unidos, Brasil, Europa, África, etc.

Quizás debamos crear un grupo internacional de trabajo para abordar y coordinar la promoción y el uso de nuestras Directrices como referido en las líneas anteriores.

Por lo tanto, el Juez Noël y yo estaríamos agradecidos de escuchar a los miembros que ya estén utilizando y promocionando nuestras Directrices. Pudiendo así, difundir sus sugerencias y utilizarlas lo más ampliamente posible -incluidas las presentaciones de contactos influyentes que pudieran tener-

Mis más afectuosos deseos,  
Avril & Jean-François

## 4. ABORDAJES GENERALES

### 4.1. ABORDAJES TEÓRICOS

#### 4.1.1. Autonomía progresiva de niños y adolescentes y derecho civil: Un acercamiento a la experiencia Argentina

Marisa Herrera – Argentina



Marisa Herrera es Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de la Facultad de Derecho, UBA, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam y la Universidad Nacional de Avellaneda.

##### 1. Introducción constitucional-convenional

El principio de autonomía progresiva (AP) constituye una manda constitucional-convenional y como tal, forma parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de niños y adolescentes (NA). Esta obligación ha calado hondo en el Código Civil y Comercial argentino (CCyC) vigente desde el 01/08/2015, a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico-civil de las personas menores de edad -en especial, de los adolescentes-con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre progenitores e hijos, en lo atinente al ejercicio de derechos personalísimos.

Cabe recordar que el principio de AP surge del juego entre tres pilares sobre los cuáles se edifican los derechos humanos de NA y se sintetizan en el siguiente gráfico:



Es evidente que lxs niñxs, a través de su mayor edad y grado de madurez, cuentan con discernimiento para poder comprender y, por lo tanto, ejercer por sí determinados derechos más allá de que no hayan alcanzado la plena capacidad civil que está establecida desde el 2009 -al sancionarse la ley 26.579- a los 18 años de edad. Este argumento de tinte sociológico se encuentra expresamente reconocida en la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) cuando en su párrafo 101 señala que “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Es evidente que lxs niñxs, a través de su mayor edad y grado de madurez, cuentan con discernimiento para poder comprender y, por lo tanto, ejercer por sí determinados derechos más allá de que no hayan alcanzado la plena capacidad civil que está establecida desde el 2009 -al sancionarse la ley 26.579- a los 18 años de

edad. Este argumento de tinte sociológico se encuentra expresamente reconocida en la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) cuando en su párrafo 101 señala que “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

Precisamente, fundado en razones psicosociales, son los adolescentes los que ostentan mayor protagonismo en consonancia con el principio de AP. Ello es destacado en la Observación General nro. 20/2016 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia del Comité de los Derechos del Niño al señalarse que “Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños” (párrafo 1 in fine); y que “la adolescencia no es fácil de definir y que los niños alcanzan la madurez a diferentes edades (...). El proceso de transición de la infancia a la edad adulta está influenciado por el contexto y el entorno, como se observa en la gran diversidad de expectativas culturales que hay en relación con los adolescentes en las legislaciones nacionales, que prevén distintos umbrales para comenzar a desempeñar actividades de la vida adulta, y en los diferentes órganos internacionales, que definen la adolescencia en función de diferentes franjas etarias. La presente observación general no pretende, por tanto, definir la adolescencia, sino que se centra en el período de la infancia que va desde los 10 años hasta que el niño cumple 18 para facilitar la coherencia en la reunión de datos” (párrafo 5).

De este modo, se profundiza el estudio sobre el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño que se refiere, precisamente, al principio

de autonomía, alegándose que para el Comité el “respeto del desarrollo evolutivo” implica que: a) “dicha evolución como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos” (párrafo 18) y b) trata de “asegurar un equilibrio adecuado entre el respeto al desarrollo evolutivo de los adolescentes y unos niveles de protección apropiados, se deben tener en cuenta una serie de factores que influyen en la toma de decisiones, como el nivel de riesgo implicado, la posibilidad de explotación, la comprensión del desarrollo de los adolescentes, el reconocimiento de que las competencias y la comprensión no siempre se desarrollan por igual en todos los ámbitos al mismo ritmo, y el reconocimiento de la experiencia y la capacidad de la persona” (párrafo 20).

¿Cómo materializar esta complejidad que encierra el principio de AP en el plano legislativo nacional, en particular, en el campo del derecho civil? ¿Cómo lograr una normativa equilibrada en el marco de un concepto jurídico indeterminado como es la autonomía progresiva? Máxime, cuando es sabido que es tan negativo negar el ejercicio de derechos cuando las personas menores de edad estarían habilitadas para hacerlo desde el plano psicosocial como a la inversa, hacerlo cuando aún no están preparadas para ello. Ambos extremos, claramente, atenta contra el principio rector en materia de derechos humanos como lo es el interés superior del niño.

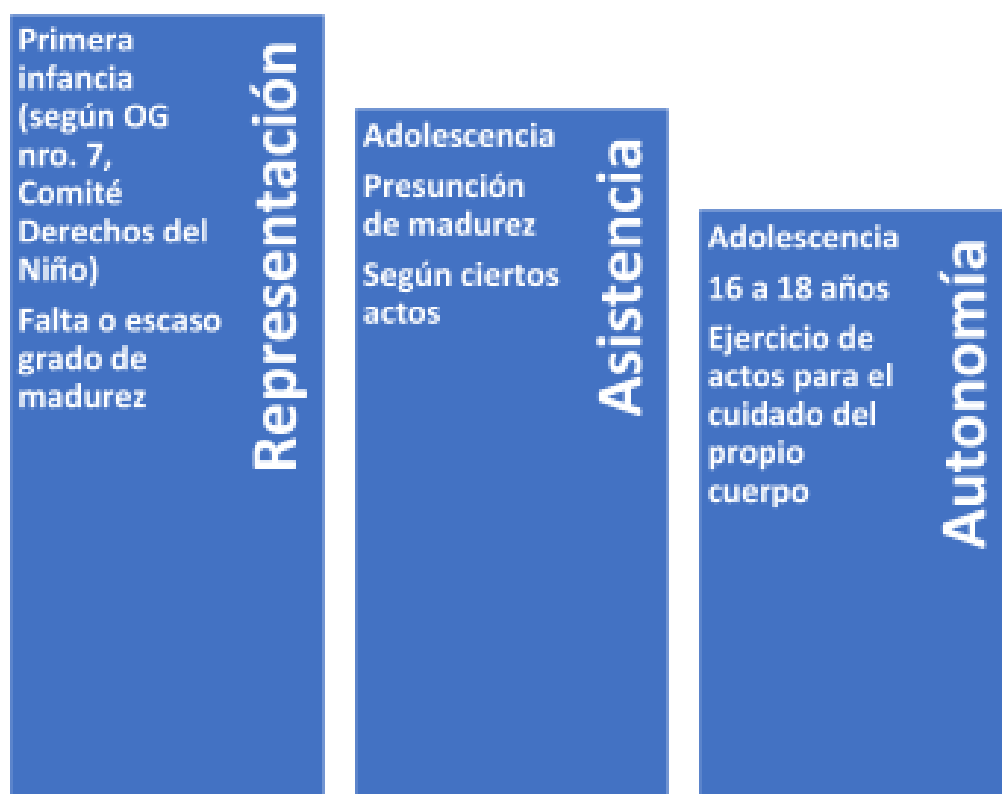
## 2. La autonomía progresiva desde la perspectiva civil

Desde el punto de vista jurídico-civil y en respuesta ineludible a la realidad social descrita en el apartado anterior, es dable defender la postura que adopta el CCyC de diferenciar la noción de niño (personas hasta los 13 años), de la de adolescente (de 13 a 18 años). Esta línea legislativa que adoptan varias legislaciones comparadas permite adoptar una regulación más acorde con dicha realidad y por lo tanto, habilitar el ejercicio de ciertos derechos a una

categoría (los adolescentes) y no a la otra (niños); y más aún, admitir que tal categoría hace presumir el grado de madurez pero que algunos actos no están vedados a una edad por debajo de los 13 años si es que se cuenta con madurez. Sucede que la edad constituye un elemento indicativo y no rígido para permitir o vedar el ejercicio de derechos por parte de personas menores de edad.

En esta lógica, y como síntesis del estado actual de la cuestión, cabe destacar que en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia realizado en Mendoza los días 9 a 11 de agosto de 2018, se concluyó que “La capacidad de ejercicio de la persona mayor de 13 años se presume, de conformidad con lo dispuesto por el art. 677, en concordancia con lo establecido en el art. 261 inc. c) CCyC, normas que consagran una presunción “iuris tantum” de que todo adolescente posee suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”.

Ahora bien, siguiéndose con la mirada jurídico-civil, y en atención a la interacción ineludible entre los conceptos de capacidad y representación en este nuevo escenario legislativo que plantea el CCyC atravesado por el principio de autonomía progresiva, se podría observar el siguiente esquema:



Es innegable que este gráfico se vincula de manera directa con la figura de la responsabilidad parental y así lo establece el art. 639 al disponer en su inc. b) que esta figura se rige por el principio de “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. De este modo, el grado de madurez desde el punto de vista sociológico es receptado en la legislación civil contemporánea a través del principio de autonomía progresiva y la consecuente flexibilidad que se deriva de ella al dejar de centrarse en la edad como elemento objetivo y pétreo sino, por el contrario, receptar un sistema abierto mediante el reconocimiento de un elemento subjetivo y poroso como lo es el grado de madurez. Es claro que ambos -objetivo y subjetivo- tienen vasos comunicantes, siendo que la edad constituye un fuerte requisito o primera e importante aproximación para desentrañar el grado de madurez.

De esta manera, existiría una evidente retroalimentación entre dos conceptos claves del principio de autonomía progresiva receptados de manera central en la regulación del CCyC: la edad (una noción clásica) y grado de madurez

(una noción contemporánea y auspiciada por el corpus iuris internacional y regional); transversalizados a su vez, por otra cuestión: el tipo de acto que se trate. En esta línea, el ejercicio de los actos que comprometen al campo civil se encuentra directamente condicionado por los mencionados dos elementos cuando se trata de personas que no alcanzaron aún la mayoría de edad.

El quid gira en torno a desentrañar cómo interactúan estas diferentes piezas cuando nos encontramos ante actos jurídicos que comprometen el derecho a la salud debiéndose diferenciar, según lo especifica el CCyC, los actos que involucran al cuidado del propio cuerpo de aquellos otros que excederían este campo, como por ejemplo, las directivas anticipadas; una temática sobre la cual hay voces disidentes. He aquí un nuevo interrogante inconcluso que genera el CCyC y compromete de manera central la noción de “irreversibilidad”. ¿Acaso un adolescente de 16 a 18 años -franja que está en disputa al ser tratado como un adulto para todos los actos relativos al cuidado de su propio cuerpo (art. 26 última parte)- se encontraría preparado para decidir, con la intervención de un escribano, aquellos estados de salud muy graves por las cuáles decidiría que

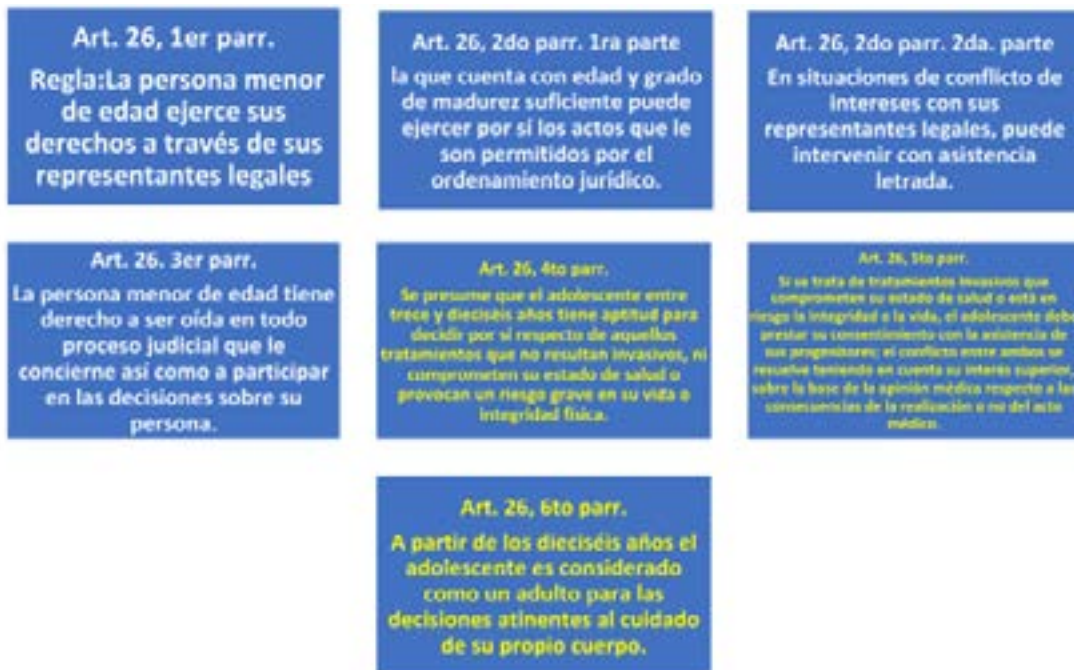
no lo sigan asistiendo y morir con dignidad? Este no es el único interrogante abierto que genera el entrecruzamiento básico y complejo a la vez, entre autonomía progresiva y derecho a la salud, tema que se pasa a profundizar en el próximo apartado.

### 3. Autonomía progresiva y ejercicio del derecho al cuidado del propio cuerpo

El art. 26 del CCyC constituye una normativa pilar en el ámbito del derecho civil en lo relativo al ejercicio de ciertos derechos por parte de los propios involucrados. Si bien es una normativa que abarca diferentes cuestiones, todas ellas se entrelazan bajo el principio de AP. Básicamente, esta disposición regula diferentes cuestiones -más o menos- interconectadas, pudiendo ser graficadas de la siguiente manera:

opción de política legislativa posible es que se trate de una disposición flexible mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Esta postura se opone a aquella que pregona la numeración o listado de determinados actos que, a la vez, podría ser cerrado o meramente enunciativo.

El CCyC opta por una postura amplia a partir de las nociones de invasividad y no invasividad, como así también del concepto de riesgo para la vida o la salud (términos propios del campo de la salud como se deriva de lo previsto en el art. 7 de la ley 26.529). Era sabido que conceptos abiertos traerían sus correspondientes y necesarios debates interpretativos, de allí que se trabajó en un documento que fue aprobado por la Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en fecha 09/12/2015, publicado en el Boletín Oficial el 08/01/2016.



Como se adelantó, si bien todas estas afirmaciones se vinculan con el principio de AP de NA, en lo atinente al derecho a la salud ello se encuentra regulado en los últimos 3 párrafos y es, a la par, los que más interrogantes han generado. ¿La razón? La puesta en práctica de la aptitud legislativa para sintetizar diferentes actos/decisiones referidas al derecho a la salud, que pueden existir hoy y en un futuro, encontrándose todas ellas incluidas en la norma. Para tal fin, es evidente que la única

Aquí, como nudo interpretativo central se asevera que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’ sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este

Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”.

El CCyC opta por una postura amplia a partir de las nociones de invasividad y no invasividad, como así también del concepto de riesgo para la vida o la salud (términos propios del campo de la salud como se deriva de lo previsto en el art. 7 de la ley 26.529). Era sabido que conceptos abiertos traerían sus correspondientes y necesarios debates interpretativos, de allí que se trabajó en un documento que fue aprobado por la Resolución 65/2015 del entonces Ministerio de Salud de la Nación en fecha 09/12/2015, publicado en el Boletín Oficial el 08/01/2016. Aquí, como nudo interpretativo central se asevera que “El criterio de ´invasividad´ utilizado por el artículo 26 CCyC debe leerse como tratamientos de ´gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud´. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ´invasivo que comprometa el estado de salud´ sino que además se lo asocia a tratamientos que ´provocan un riesgo grave en su vida o integridad física´. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”.

Esta resolución ministerial en lo atinente a los derechos sexuales y reproductivos de lxs adolescentes “considera que las prácticas de salud sexual y salud reproductiva en general y todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular (incluyendo los implantes y los dispositivos intrauterinos -DIU) no son prácticas ´invasivas que comprometan el estado de salud´ en los términos del artículo 26 del CCyC. Ello implica que desde los 13 años (salvo en los casos en que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho desde una menor edad) las personas pueden acceder a los métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma, como también al diagnóstico de VIH y al test de embarazo. En este sentido es importante recordar, que el/la adolescente con el asesoramiento del/a profesional deter-

minará, de acuerdo con las condiciones del caso concreto, cuál es el método más adecuado. Esta decisión la tomará sobre la base de los criterios de elegibilidad (criterios técnicos basados en la evidencia) y la aceptabilidad de cada método para el/la adolescente”.

Cabe destacar que hay un tema específico que no se abordó en este documento sobre una temática que no hay unanimidad de criterio en la doctrina. Nos referimos a la ligadura de trompas y vasectomía. Sucede que la ley 26.130 que regula esta materia exige la mayoría de edad cuyo primer articulado es claro al expresar: “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas ´ligadura de trompas de Falopio´ y ´ligadura de conductos deferentes o vasectomía´ en los servicios del sistema de salud”; reafirmando en el art. 2 relativo a los requisitos que debe tratarse de una “persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado”. El interrogante que se deriva es si esta mayoría de edad debe ser sostenida por ser regulada en una ley especial o si debería ceder, y habilitarse a partir de los 16 años por tratarse de un acto que compromete los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, el cuidado al propio cuerpo de conformidad con lo previsto por el art. 26 del CCyC.

Precisamente, a la luz del denominado “paternalismo justificado”, se comparte la decisión legislativa de requerir la mayoría de edad para una decisión con consecuencias graves como lo es la ligadura de trompas y vasectomía dado su carácter irreversible.

#### 4. Breves conclusiones provisionales

Un extenso y revoltoso caudal de agua ha corrido debajo del puente de la autonomía progresiva de NA desde la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y en especial, lo que establece su art. 5; alentado por hitos jurisprudenciales como lo ha sido el reconocido caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* de 1985 que dio lugar al denominado, en su idioma original, “Gillick compe-

Gabriela Yuba es abogada egresada de la Facultad de Derecho UBA y Magíster en Minoridad de la Universidad Notarial Argentina, fue Defensora Social del Territorio Nacional de Tierra del Fuego (TDF); Defensora Pública Mayor del Ministerio Público de la Defensa en Ushuaia; Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado nro. 1 de Ushuaia, TDF. Es representante en Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF y Asesora del Ministerio de Desarrollo Social de TDF.

tence”, que puso en crisis en el campo del derecho civil el binomio capacidad-incapacidad jurídica, al admitirse que se puede no haber alcanzado la plena capacidad jurídica pero que ello no es obstáculo para ejercer por sí determinados actos relativos a los derechos personalísimos, en particular, el derecho a la salud.

El art. 26 del CCyC constituye un buen ejemplo normativo al desafiar la regulación clásica, conservadora y cerrada en la que las personas menores de edad estaban signadas, en general, por la idea de incapacidad de hecho.

La legislación civil desde el prisma constitucional-convencional, tuvo que dar un vuelco de 180 grados en varias temáticas, ello se ha visto de manera elocuente en el campo de las relaciones de familia y de los derechos de NA, existiendo entre ambos vasos comunicantes innegables. Así como la noción de pluralidad de formas de organización familiar, atravesada por el principio de igualdad y no discriminación, revolucionó el derecho de las familias a tal punto de ser más adecuado referirse a este campo con la “s” final; en materia de derechos humanos de NA la sublevación vino de la mano del principio de autonomía progresiva. Ruptura que ha sido de tal envergadura y profundidad que algunas voces aún se resisten porque como es sabido, los cambios y los consecuentes movimientos en los pilares o cimientos, siempre traen miedos y ciertas incomodidades teóricas.

Ya lo dijo hace tanto el genio de Albert Einstein: “Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”. Todavía quedan ciertos prejuicios sobre las personas menores de edad, en especial, sobre lxs adolescentes porque son ellxs -más que ningún otrx- quienes traccionan y tensionan en acto las virtudes y los temores que a la vez, genera el principio de autonomía progresiva en un Estado Democrático. Así de compleja es la libertad.

#### 4.1.2. “El rol del Estado en la realización de los derechos del niño, niña y adolescente. Niñez trans. Claves en perspectiva de la infancia y adolescencia”. Gabriela Yuba - Argentina



Síntesis:

El artículo expone el abordaje interdisciplinario e interinstitucional en una escuela pública de Ushuaia de la niñez trans, desde el rol del Estado en su obligación de proteger con una perspectiva de la infancia y de género. La igualdad y no discriminación e identidad de género son derechos humanos que deben ser garantizados y promovidos.

Palabras claves: identidad de género, igualdad, no discriminación, enfoque de derechos humanos, obligación estatal, perspectiva de género, LGBTI.

##### I.- Introducción

Al referirnos al rol del Estado en la realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes no podemos efectuar un análisis parcial y por separado de los distintos ámbitos de actuación; sino que debemos referirnos al Estado en su conjunto: en la faz administrativa, legislativa y judicial.

La Doctrina de la Protección Integral instalada

Gabriela Yuba es abogada egresada de la Facultad de Derecho UBA y Magister en Minoridad de la Universidad Notarial Argentina, fue Defensora Social del Territorio Nacional de Tierra del Fuego (TDF); Defensora Pública Mayor del Ministerio Público de la Defensa en Ushuaia; Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado nro. 1 de Ushuaia, TDF. Es representante en Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF y Asesora del Ministerio de Desarrollo Social de TDF.

11. Derechos especialmente reconocidos en la CDN y tratados de DDHH.

10. Con sus tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial

12. Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial

13. En adelante NNA

14. Mujeres, NNA, personas con discapacidad, adultos mayores, indígenas

a partir del dictado de la Convención de los Derechos del Niño, vino a cambiar el paradigma en materia de niñez y adolescencia, donde el NNA es un sujeto de derechos, con autonomía progresiva. La interrelación entre los DDHH y el entorno, genera un impacto en el ejercicio de los derechos, resultando evidente la necesidad de una visión y abordaje de la realidad integral, global y holística, siendo el Estado en su conjunto garante de la realización de sus derechos.<sup>11</sup>

Considerar la intervención de los distintos órganos estatales<sup>12</sup> de manera aislada, nos llevaría a una mirada acotada y parcial de la realidad y a una intervención ineficaz e inadecuada.

En el presente trabajo presentaremos el caso de un niño trans, abordado desde una escuela pública en Ushuaia, Tierra del Fuego, Argentina, identificando los roles del Estado en el deber de proteger, analizado desde una perspectiva de derechos humanos y específicamente desde el derecho de la infancia y adolescencia.

## II.-Niñez trans. Enfoque de derechos humanos

Pensar en clave de perspectiva de derechos humanos y específicamente en perspectiva de la infancia y adolescencia, implica algo más que dictar leyes o programas que contemplen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>12</sup>

Un enfoque de derechos humanos constituye un modo de intervención, de mirada, de perspectiva; es una herramienta esencial para poner en valor la dignidad humana, la igualdad, para poner fin a la pobreza, empoderar a las mujeres, niños, niñas, adolescentes en igualdad de condiciones frente al resto de la sociedad, generar la participación de todos en la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

En la intervención sobre situaciones fácticas donde los derechos de los NNA estén implicados, la transversalidad del enfoque de derechos humanos, es fundamental.

Y ese enfoque de derechos humanos supone que se considere un “plus”, una actuación reforzada para aquellos grupos vulnerables para garantizar y promover los DDHH y libertades fundamentales, sin olvidar acciones tendientes a promover la igualdad y respeto de todas las personas sin importar la orientación sexual e identidad de género.

Efectuada esta introducción, nos preguntamos ¿Por qué el Estado tiene el deber de proteger?. ¿En qué consiste esa obligación de proteger?. Y ¿por qué es necesaria la capacitación y especialización?

Intentaremos responder estos interrogantes a partir de la descripción de una situación fáctica señalada a continuación.

## III.- Niño trans en escuela pública en Ushuaia.

El caso se refiere una niña de 11 años en 6to año, de escuela pública de Ushuaia, que se autopercibe como un niño.

El equipo interdisciplinario de la escuela, junto con su docente, a partir de la toma de conocimiento de la situación<sup>15</sup> de identidad de género, sumándose a los comentarios de los/as compañeros/as de curso del niño<sup>16</sup>, intervienen esperando que sea el propio niño quien manifieste su necesidad de hablar, generando y propiciando el ambiente para ello. Así lo hace, acercándose también la madre, quien solicita ayuda, ya que no sabe cómo actuar. El niño vive sólo con su madre y una pariente. El padre vive en otra provincia, manteniendo contacto telefónico.

Se realizaron reuniones institucionales, identificando marcos legales vigentes, enfoques interdisciplinarios, etc. Es importante destacar que el caso planteado no fue ni es considerado como un “problema”, sino como una situación sobre la que debían actuar para prevenir eventuales vulneraciones de derechos (derecho a la igualdad, no discriminación, a su identidad autopercebida, etc.); como así también acompañar y trabajar a futuro en lo individual, en la transición del niño hacia su otra etapa esco-

15. Toman conocimiento cuando al realizar las camperas que identifican a las y los alumnos que egresan de 6to año, cuando les toman las medidas, talles y les preguntan que nombre bordan o graban en la campera, la niña, dice nombre de NIÑO.

16. A partir de este momento, nos referiremos a NIÑO, que es como se autopercibe el mismo.

17. Termina la escuela primaria y pasa a la secundaria (ESO)

18. Juegos en el patio, donde se nuclean varones, en las clases de gimnasia, al formar fila, en el “trencito”, ubicándose en el lugar con los varones, si bien hay actividades que conforman

19. Desde el Ministerio de Salud de la Provincia de Tierra del Fuego, se cuenta con programas para personas trans y se aborda desde la salud la temática de la identidad de género con profesionales de distintas especialidades (varones y mujeres)

20. Recordemos que tuvo su primer “periodo menstrual”.

21. Cuando nos referimos a la CDN, debemos incluir también los tres Protocolos Facultativos dictados posteriormente: PF relativo a la participación de los niños en conflictos armados; PF relativos a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía y PF relativo al procedimiento de comunicaciones.

22. Ley 23.849, 27/9/1990

lar<sup>17</sup> y en lo institucional.

El Equipo interdisciplinario de la escuela comenzó a trabajar con el curso sobre talleres de estereotipos de género, con distintas técnicas; mantienen reuniones con otros maestros y profesores ( educación física por ejemplo), para ponerlos al tanto de la situación. El niño comienza a ser llamado por el nombre elegido por el mismo; realiza actividades conforme como se autopercibe<sup>18</sup>. Comenzaron a percibirse cambios desde la apariencia física en el niño ( forma de vestir, corte de pelo).

El niño solicitó poder concurrir al baño de varones, manifestando la escuela que se atenderá este pedido, organizándose para ello, requiriéndose un abordaje no sólo edilicio, sino fundamentalmente institucional. Es de señalar además, que tuvo su "primer período menstrual", implicando esto una interconsulta con el área de Salud.<sup>19</sup>

La escuela continúa trabajando con el equipo y de manera interinstitucional, con otras áreas del Ejecutivo, incluyendo el Ministerio de Educación, Desarrollo Social, en reuniones de gabinete y supervisión escolar. Se prevén acciones con el Ministerio de Salud Provincial. Ello habida cuenta de los cambios físicos experimentados por el niño, siendo fundamental una orientación y acompañamiento desde el área de salud correspondiente.

Entre las acciones a seguir se plantean: asesoramiento institucional y de todo el personal de la escuela, docente y no docente; abordajes para intervenir con personas LGBTI; abordar la Educación Sexual Integral; promover la igualdad, no discriminación y respeto; prevención de la violencia; como trabajar el paso del niño de un sistema escolar al otro ( de la escuela primaria hacia el secundaria); cómo trabajar la transición; empoderar al niño y acompañar a su familia.

Cabe destacar que el niño junto con su madre, concurren a asistencia terapéutica a contra turno en la escuela como acompañamiento en este "proceso" que se encuentran atravesando: el niño en lo personal y la madre como acom-

pañamiento y sostenimiento del mismo.

#### IV.- Fundamento de la obligación del Estado de proteger

El dictado de la Convención sobre los Derechos del niño en el año 1989 y la ratificación a partir del dictado de la ley nacional 23.849<sup>22</sup>, trajo aparejado un cambio de paradigma en materia de percibir la infancia y la adolescencia. La Convención constituye un verdadero catálogo de derechos humanos del niño, niña y adolescente.

Su incorporación en la reforma del año 1994 en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22<sup>23</sup>, implica que dicha convención internacional tiene rango constitucional, integra el derecho interno del Estado, junto con los otros tratados internacionales de DDHH. Son parte de él.

"... A partir de la vigencia de la Constitución, los gobernantes, legisladores y jueces deben ver, o leer los derechos de la parte dogmática a la luz de los tratados internacionales enunciados...".<sup>24</sup>

El nuevo paradigma instalado a partir de la CDN implica que el NNA es un sujeto de derechos y no un objeto de protección.

El ser sujeto de derechos supone que es titular del derecho a ser oído, informado, a formarse una opinión y criterio propio y a participar activamente en el proceso de construcción de su proyecto de vida y de la comunidad.

El ser sujeto de derechos supone un análisis desde la perspectiva del ejercicio de la ciudadanía juvenil, ejercicio éste que no se agota en el reconocimiento de los derechos meramente participativos, sino que se extiende hacia aquellos aspectos que contribuyen a conformar integralmente la personalidad del NNA en la construcción de su proyecto de vida con autonomía.

La ciudadanía juvenil es entendida como el "... conjunto de prácticas jurídicas, sociales y culturales que está poniendo en evidencia la participación juvenil dentro de los procesos

23. Junto con otros tratados internacionales de derechos humanos.

24. Leonardi de Jerbon, Hebe, M. Constitución de la Nación Argentina. Tratados internacionales con jerarquía constitucional, Eudeba, Buenos Aires, 1997

25. Liwski, Norberto, Municipios, democratización y derechos humanos. Niñez, adolescencia y cambios sociales. CODESEDH, CABA, marzo 2000

26. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/037.asp>  
fecha de consulta: 4/3/2018

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>  
Fecha de consulta: 4/3/2018

comunitarios, prácticas jurídicas, sociales y culturales que en definitiva están dando cuenta de la participación del adolescente en el interior de la sociedad y por consecuencia en estrecha relación con las instituciones ya sean públicas, de la sociedad civil, o religiosas. Esto es ciudadanía...".<sup>25</sup>

Este cambio de paradigma es un proceso que no se instala inmediatamente. A partir del dictado de la Convención y su incorporación en la Constitución Nacional, se requiere de acciones concretas que tiendan a empoderar a toda la sociedad y los poderes del Estado en la noción de sujeto de derechos y en lo que ello implica. A ello debemos agregar que es necesario el dictado de leyes provinciales de protección de la niñez y adolescencia compatibles, adecuadas a la Convención, haciendo hincapié y garantizando cuatro principios generales: la igualdad y no discriminación ( art. 2 CDN); el interés superior del niño ( art. 3 CDN); el derecho intrínseco a la vida, supervivencia y desarrollo ( art. 6 CDN) y el derecho a expresar su opinión y a ser oído ( art. 12 CDN).

Cuando un Estado ratifica un tratado, una Convención, asume la obligación de aplicarla y de dar efectividad a los derechos reconocidos en los mismos. Es fundamental, entonces hacer que toda la legislación sea plenamente compatible con la CDN y con esos principios que el Comité de los derechos del niño señala como vitales.

Ahora bien, ¿cómo es en la realidad? ¿Cómo hacer efectivos los derechos del niño en la práctica concreta?

Recientemente el 27/2/2018 la CIDH, en el Informe temático Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, la CIDH busca profundizar el análisis de las capacidades de los Estados a través de los sistemas nacionales de protección<sup>26</sup>, de derechos del NNA para cumplir con el mandato normativo de garantizar los derechos de la niñez.

Se apunta a identificar los principios y estándares que deben aplicarse en el diseño y fun-

cionamiento de los modelos operativos que integran los Sistemas de Protección, según el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Desde el rol de garante que tienen los Estados a partir de la ratificación de la CDN y de otros instrumentos internacionales, se requiere de una estructura organizativa y operativa adaptada a las obligaciones derivadas de la CDN, como una nueva institucionalidad basada en un modelo sistémico, además de los principios y estándares de funcionamiento adaptados a la Convención, nuevos métodos de trabajo y mejores mecanismos de gestión.

Desde el rol de garante que tienen los Estados a partir de la ratificación de la CDN y de otros instrumentos internacionales, se requiere de una estructura organizativa y operativa adaptada a las obligaciones derivadas de la CDN, como una nueva institucionalidad basada en un modelo sistémico, además de los principios y estándares de funcionamiento adaptados a la Convención, nuevos métodos de trabajo y mejores mecanismos de gestión.

El informe da cuenta de que si bien existen numerosos marcos normativos, códigos de la niñez, hay una brecha significativa entre los derechos reconocidos en las normas y la realidad en que viven los niños y la realización de sus derechos.

Es necesario entonces junto con el plexo normativo, un conjunto de elementos para consolidar la existencia y funcionamiento del andamiaje institucional y de un modelo de organización que asegure el cumplimiento de las normas, el disfrute y protección de los derechos. Podemos citar por ejemplo: políticas públicas, programas, servicios; mecanismos institucionales de articulación para la planificación, diseño, aprobación, monitoreo y evaluación de políticas públicas, considerando los distintos niveles territoriales; sistema de acopio de datos y análisis de información; recursos humanos especializados; recursos económicos suficientes; protocolos y estándares de actuación y prestación de servicios.

Esos modelos organizativos y estructuras ope-

rativas se conocen con el nombre de Sistemas Nacionales de Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

La participación de los NNA desde la CIDH se considera esencial, generando los canales adecuados de participación, como también interesa la dimensión colectiva del derecho de los NNA a participar, a expresar su opinión, poniendo el acento en el carácter de sujetos de derechos.

El informe da cuenta también de una de las principales barreras para la efectividad de los derechos de la niñez: la falta de inversión económica suficiente que permita la plena realización de los mismos, siendo que además la información sobre este tema en materia de niñez, no está disponible para evaluar si el Estado está destinando recursos para ello. Se aspira desde la CIDH y se exhorta a los Estados a incluir principios de transparencia, eficacia, eficiencia, equidad, sostenibilidad, rendición de cuentas y participación.

En el Informe, la CIDH formula recomendaciones en torno a la adecuación legislativa, principios fundamentales que deben regir en los SNP articulación de políticas nacionales de niñez y resto de políticas públicas; sistema de recopilación y análisis de datos e información; en la medición, monitoreo y evaluación; institucionalidad específica y especializada en niñez; participación de NNA en estructuras institucionales y comunitarias de promoción y protección de derechos de NNA.

#### V.- Obligación del Estado: art. 2 de la CDN

El artículo 4 refleja la obligación general de los Estados, donde hay una vinculación entre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El artículo 4 de la CDN, expresamente dispone que: "...Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los Derechos Económicos, sociales y culturales, los Estados partes

adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional..."

Este artículo resulta fundamental ya que cuando un Estado ratifica la CDN asume la obligación de aplicarla en virtud del principio de derecho internacional. Según el Comité de los derechos del niño la aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la CDN a todos los niños en su jurisdicción.

Este artículo resulta fundamental ya que cuando un Estado ratifica la CDN asume la obligación de aplicarla en virtud del principio de derecho internacional. Según el Comité de los derechos del niño la aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la CDN a todos los niños en su jurisdicción.

El Estado es quien asume las obligaciones en virtud de la Convención, pero como garante, tiene que traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Sean cuales fueren las circunstancias económicas de los Estados, estos están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando atención a los más desfavorecidos.

Esa obligación del Estado prevista en el art. 4 de la CDN se vincula con la garantía de prioridad que prevé la ley nacional 26.061 en el art. 5, que implica entre otras cosas de manera indelegable, la protección y auxilio en cualquier circunstancia de los derechos del NNA; prioridad en la exigibilidad jurídica de sus derechos; preferencia en la formulación atención de políticas públicas, en la asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice y preferencia de atención en los servicios esenciales. También se vincula con el principio de efectividad previsto en el art. 29 de la ley 26.061.

27. Conf. 100 Reglas de Brasilia

28. Conf. Obs. General nro. 5 (2003) "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño. Arts. 4, 42, párrafo 6 del art. 44". Comité de los Derechos del Niño. 34º Período de Sesiones, 19/9 al 3/10 de 2003.

29. <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=150&mode=letter&hook=P&sortkey=&sortorder=asc>

30. <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=150&mode=letter&hook=P&sortkey=&sortorder=asc>  
Fecha de consulta: 21/8/2018

La situación de los más vulnerables<sup>27</sup> impone adoptar un “plus” reforzado de protección para los mismos, plus reforzado de actuación en pos de la realización y promoción de sus derechos conforme justamente la Doctrina de la Protección Integral.

Tal como expresa el Comité de los derechos del niño<sup>28</sup>, la puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo, que consista en hacer favores a los niños, sino que hay aplicar una perspectiva basada en los derechos de la infancia, mediante una acción del gobierno, congreso y justicia, teniendo en cuenta los principios de los arts. 2, 3, 6, 12 de la Convención.

Para esa aplicación efectiva de la Convención, es necesaria una coordinación intersectorial visible para que impacten en la efectiva concreción de los derechos e interactuar con la sociedad.

Es entonces fundamental trabajar CON los niños, no sólo PARA los niños. Hacerlos partícipes de su propio cambio y empoderarlos, en un pie de igualdad y sin discriminación.

En ese rumbo, la formulación de estrategias orientadas al desarrollo integral del NNA no deben ser sólo buenas intenciones, sino que deben ser un proceso sostenible para a efectividad de los derechos del niño, con prioridades en los planes, proyectos, políticas, salud, educación, que los ubiquen a los NNA como verdaderos sujetos de derechos.<sup>29</sup>

En todo este proceso hay que tener en cuenta:

- Transversalidad del enfoque de derechos humanos: implica resignificar, organizar, mejorar los procesos de manera que la perspectiva de igualdad y no discriminación sea incorporada en todas las políticas, estrategias, acciones e intervenciones.

- Perspectiva de la infancia: NNA como sujeto de derechos y actividades y estructuras compatibles con los principios generales previstos en los arts. 2, 3, 6, 12 de la Convención.

- Perspectiva de género: “... forma de ver o analizar que consiste en observar el impacto del género en las oportunidades, roles e interacciones sociales de las personas. Esta forma de ver es lo que nos permite realizar un análisis de género y luego transversalizar una perspectiva de género en un programa o política propuesta, o en una organización...”<sup>30</sup>

- Perspectiva interseccional: implica tomar en cuenta a lo largo de todo el proceso judicial como se cómo se combinan diferentes factores de vulnerabilidad y discriminación – como el género, la clase, la raza, la edad, la capacidad, otros- en el contexto socio-histórico y en las vivencias de las personas; de modo que la intersección de esos múltiples factores en un caso concreto puede dar lugar a formas específicas de discriminación.

- Perspectiva interseccional: implica tomar en cuenta a lo largo de todo el proceso judicial como se cómo se combinan diferentes factores de vulnerabilidad y discriminación – como el género, la clase, la raza, la edad, la capacidad, otros- en el contexto socio-histórico y en las vivencias de las personas; de modo que la intersección de esos múltiples factores en un caso concreto puede dar lugar a formas específicas de discriminación.

En definitiva, el enfoque de derechos humanos, permite identificar desigualdades y corregir prácticas discriminatorias, mediante la realización – entre otras actividades- de buenas prácticas que promuevan y contemplen los DDHH.

## VI.- La capacitación y especialización en derechos de la niñez y adolescencia

Esto supone que cada uno de los operadores que trabajan en temáticas vinculadas con la niñez y adolescencia, tengan la formación específica. Según el Comité es obligación de los Estados promover la formación y fomento de la capacidad de todos los que participan en los procesos de realización de los derechos del niño ( Ejecutivo, legisladores, jueces, y de todos los que trabajan con niños).

31. Ley 26.061 art. 27

32. Art. 3 CDN

La capacitación de especialistas es herramienta fundamental para que los niños disfruten de sus derechos, en un pie de igualdad y no discriminación. Concebimos a la igualdad y no discriminación como eje de desarrollo y como pivote sobre el que deben girar las políticas públicas.

El plus de protección especial que requieren los NNA justamente se funda en la condición de vulnerabilidad de los mismos, al punto que el propio Código Civil y Comercial de la Nación introduce como un requisito esencial en los procesos de familia, la especialidad de los jueces de familia( art 706 inc. B CCyCN), como también la de los abogados/as especializados en esas temáticas<sup>31</sup>. Esa especialidad en materia de niñez, adolescencia y en derechos humanos es elemento fundamental para la garantía de los derechos del NNA.

En la situación fáctica descripta al inicio, desde el Poder Ejecutivo en el ámbito escolar, la intervención con respecto a un niño trans, tuvo un enfoque de niñez y de género, compatible con los derechos humanos y la perspectiva interseccional.

Se destaca: la no judicialización; actividad del Ejecutivo desde su faz administrativa, como garante de los derechos del niño, brindando las herramientas institucionales a la vivencia planteada por el niño y su familia, con un despliegue de actividades que constituyen “buenas prácticas” en el abordaje de la niñez trans. El planteo de la preocupación e interés institucional de construir un protocolo de actuación en estos casos fue puesto de manifiesto en las reuniones de gabinete, lo que demuestra el compromiso con la temática desarrollada.

### **VII. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos vulnerables. Protección reforzada de la niñez y adolescencia.**

Reconocer que los NNA son sujetos de derechos vulnerables, es poner el acento en la necesidad de un plus reforzado de protección en los asuntos que los involucren.

La Obs. Gral. Nro 14 del Comité de los Derechos del Niño es clara al establecer que el interés superior del niño tiene una triple dimensión:

es un derecho sustantivo, un principio general interpretativo y regla de procedimiento y es ese principio rector (ISN) el que debe prevalecer en toda actuación y decisión que los involucre.<sup>32</sup>

Por otra parte, la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes importa reconocer que por su minoría de edad requieren de una especial tutela de los órganos llamados a intervenir ( sea la Justicia o el Poder Administrador). Recordemos que las “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad” se refieren puntualmente a mejorar el acceso a justicia de aquellas personas que ven afectado u obstaculizado su acceso a justicia para el reconocimiento de sus derechos por algunas de las causas de vulnerabilidad ( edad, discapacidad, ser indígena o pertenecer a minorías, ser migrante, refugiado, pobreza, género, privación de libertad).

Pero lo cierto es que la necesidad de reconocer y hacer realidad los derechos del niño<sup>33</sup>, no pasa solamente por desplegar medidas cuando estamos en un escenario judicial, ( haciendo concreta la tutela judicial efectiva), ya que entendemos que la Justicia es el último eslabón en la cadena de intervenciones<sup>34</sup>, sino que justamente se trata de trabajar en la prevención y en el abordaje en instituciones como la escuela ( en este caso) , de aquellas situaciones donde está en juego la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación en las actividades propias de la promoción de los derechos humanos.

Y la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños ( art. 75 inc 23 CN) implica también que deben dotarse de herramientas para la efectividad de sus derechos y ejercicio, no solamente a ellos en cuanto sujeto de derechos, sino también a los operadores que trabajen con y para los niños. Además supone que se refuercen los mecanismos de protección frente a las vulneraciones de derechos en especial los DESyC, los derechos civiles y políticos y los derechos que hacen a la dignidad humana.

La defensa de los derechos humanos de los

34. Frente a una amenaza o vulneración de derechos del niño, se procederá a la toma de medidas de protección o medidas excepcionales por parte de la autoridad local, con notificación inmediata a la autoridad judicial para su ratificación ( arts. 33, 39, 40 ley nacional 26.061; Ley provincial 521: arts. 39, 42; actuación judicial art. 39 inc. D y F, G, H, I conf. Art. 42.

35. Art. 1 ley 26.743

36. Art. 2 ly 26.743

niños en general, adquiere una relevancia y dimensión ética, que impone la realización de medidas de acción positivas (art. 75 inc. 23 CN), dado que se vinculan con la dignidad en cuanto derecho fundante de su personalidad. Es que el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, constituye la base del reconocimiento y promoción de los derechos humanos y de la esencia misma del ser humano.

Centrándonos en el tema del derecho a la identidad de género, este es uno de los derechos que impacta de manera profunda en la dignidad de la persona y también en su autonomía y libertad.

A nivel nacional conforme la ley 26.743, toda persona tiene derecho a la identidad de género y esto implica el reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género y a ser tratada de acuerdo a la misma, siendo identificada de esa manera en los registros si así lo peticionan.<sup>35</sup>

Se entiende por identidad de género, "... a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales..."<sup>36</sup>

El art. 5 de la ley 26.743 establece los recaudos para que la persona menor de edad puede efectuar la rectificación registral ( con conformidad expresa de la persona menor de edad ,teniendo en cuenta su autonomía progresiva y la asistencia del abogado del niño) junto con la solicitud de los representantes legales, pudiendo acudir a la vía judicial cuando uno de ellos no acompañe dicha petición.

El art. 12 referido al trato digno sienta las bases fundamentales para el tratamiento de la persona en ejercicio del derecho a la identidad

de género, en especial respecto de los NNA, ya que como se refieren y se los denomina según su identidad autopercebida es vital en las relaciones sociales y comunitarias. Establece el artículo de qué manera se procederá a registrar datos obrantes en el documento nacional de identidad, pudiendo utilizar el nombre de pila adoptado para citación, registro o cualquier otra gestión.<sup>37</sup>

La ley de Identidad de género respecto de los NNA debe ser interpretada y aplicada de manera transversal con la Convención de los Derechos del niño, teniendo en cuenta las directrices o principios rectores proclamados en la misma: interés superior del niño; principio de no discriminación ; principio de efectividad de los derechos y protección efectiva; derecho a ser oído y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

El libre desarrollo de la persona, su autonomía personal, capacidad progresiva, consentimiento informado, ISN, predominancia de la identidad autopercebida por sobre intervenciones quirúrgicas no deseadas , gratuidad y derecho a la identidad de género como identidad autopercebida con independencia del cuerpo y de las anotaciones registrales preexistentes, son los pilares de la ley 26.743 que se vinculan con la CDN.<sup>38</sup>

Cabe destacar que las personas LGBTI son objeto de violencia y discriminación, adoptando organismos internacionales y regionales como la CIDH y la Corte IDH acciones concretas a través de Informes temáticos y Opiniones Consultivas, a fin de poder brindar pautas claras a los Estados sobre la interpretación de las normas ( por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos).

La Corte IDH adoptó la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo".<sup>3940</sup> . En la misma se refiere a temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI en torno al reconocimiento de la identidad de género y la prohibición de discriminación.

37. Artículo 12 .- Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Quando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada

38. Cantore, Laura, Intersexualidad, transexualidad y derechos de la infancia. En "Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes", T. I. Directora: Silvia Fernandez. P. 443, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, junio 2015

39. <http://www.corteidh.or.cr/>  
Fecha de consulta: 12/1/2018  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_01\\_18.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf)  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

40. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo ( interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 en relación al artículo 1 de la CADH.

La Corte IDH, opinó que es un derecho protegido por la CADH el cambio de nombre, adecuación de imagen y rectificación de la mención del sexo o género en el documento de identidad o registro acorde con la identidad de género autopercibida; que los Estados tienen la obligación de reconocer regular y establecer mecanismos adecuados para esos fines y se fijan procedimientos ágiles para reflejar la identidad de género.

Por otro lado, la Comisión IDH, en su informe temático sobre Violencia contra personas LGBT señala los altos índices de violencia y vulneración de derechos de las personas LGBT especialmente los niños, niñas y adolescentes. Los NNA LGBT son los grupos más vulnerables a la violencia, fundamentalmente en el seno familiar y en las escuelas (tanto públicas como privadas).

El órgano expresa que se enfrentan a estigmatización, discriminación, violencia por su orientación sexual o identidad de género; incluyendo aislamiento social y escolar; bullying, marginalización, exclusión de la escuela y los servicios de salud.

La Comisión destaca en consecuencia que los niños tienen derecho a una protección conforme el art. 19 de la CADH y esto crea deberes por parte del Estado, la familia y la sociedad. El Estado debe actuar conforme la Convención de los derechos del niño para proteger a los NNA LGBT, frente a la violencia y acoso que sufren en la familia y la escuela (los dos ámbitos más frecuentes) según estudios de la UNESCO y PNUD. Estas expresiones de violencia se evidencian cuando la expresión de su género no está conforme con los estereotipos masculinos.

Estos acosos y violencia motivados por la orientación sexual e identidad de género, obstaculizan el ejercicio del resto de los derechos humanos del niño debiendo el Estado tomar medidas de protección y prevención al respecto.

También la CIDH en el informe “Violencia, ni-

ñez y crimen organizado” del 11 de noviembre de 2015, señala la situación de vulnerabilidad y violencia a la que están expuestos los adolescentes LGBTI tanto en el seno de sus familias, como en la sociedad en general, debido a los fuertes estereotipos sociales y de discriminación, recomendando a los Estados fortalecer la familia, escuela, sociedad en general con políticas y acciones no discriminatorias, inclusivas, holísticas, con personal capacitado para el abordaje de las problemáticas que atraviesan a la niñez y adolescencia; evitando la deserción escolar, la exclusión de servicios de salud y prevención en tema drogas. Todo ello, con un enfoque de derechos humanos.

Por otra parte, el Comité de los Derechos del niño, en las Observaciones finales al informe periódico sobre Argentina<sup>44</sup> presentado en Ginebra el pasado mayo/junio del 2018, recomendó al Estado Argentino con relación a las prácticas dañinas, elaborar un protocolo de atención de la salud basado en los derechos para los niños intersexuales; garantizar que ningún NNA sea sometido a cirugía o tratamiento innecesario y que los familiares con niños intersexuales reciban asesoramiento y apoyo adecuados.

El Comité de los Derechos del niño también, como órgano de supervisión y contralor del cumplimiento de la Convención, en la Observación General nro. 20 que elaboró sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, en el año 2016, señaló que los adolescentes LGBTI suelen ser objeto de persecución, maltrato, violencia, estigmatización, discriminación, expulsándolos del ámbito educativo e incluso familiar y social. En consecuencia, tienen dificultades y obstáculos para el ejercicio de sus derechos, de acceder a información, a servicios de salud sexual y reproductiva, siendo objeto de agresiones sexuales. Todo esto impacta en su autoestima, aumentando la depresión y el suicidio y son expuestos a situación de calle. Frente a este escenario, el Comité señala y resalta que los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica.

41. También la Corte opinó que la CA protege el vínculo familiar derivado de la relación de pareja formada por personas del mismo sexo; que los derechos patrimoniales derivados de esa relación deben ser protegidos sin discriminación y que se debe aplicar el principio pro persona para la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo

42. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>  
Fecha de consulta: 16/10/2018  
Informe del 12/11/2015

43. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>  
Fecha de consulta: 21/10/2018

44. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es)  
Fecha de consulta: 16/10/2018

45. Obs. Gral. Nro. 20 sobre realización de los derechos de los adolescentes. Comité de los Derechos del Niño

46. E/C.12/ARG/CO/4

47. Comité de derechos económicos, sociales y culturales; 12/10/2018. Versión avanzada no editada  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp)  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es)

Fecha de consulta: 21/10/2018

48. Juzgado de Familia de Junín • 10/12/2015 • R. N. J. s/ rectificación de partidas • La Ley Online • AR/JUR/88112/2015( niño que pidió rectificación de partidas)  
Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 2a Nominación de Río Cuarto • 18/12/2014 • O. M. B. - Adopción Plena

Vinculado con el ejercicio de la ciudadanía juvenil y con su desarrollo integral, el Comité destaca que todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad psico física, su identidad de género y su autonomía emergente.

Condena la imposición de “tratamientos”, mediante los cuales se pretende cambiar la orientación sexual de una persona y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. En tal sentido, el Comité insta a los Estados a que deroguen las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, identidad de género o condición de personas intersexuales; que erradiquen prácticas discriminatorias y de intervención quirúrgicas forzadas y que se aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos.

El Comité señala además que los Estados deben actuar de manera eficaz para proteger a los adolescentes LGBTI frente a toda forma de violencia y discriminación y se realicen actividades de sensibilización y se adopten medidas de seguridad y apoyo.<sup>45</sup>

Por último, el Comité de los DESC<sup>46</sup> en la evaluación del último informe de Argentina, entre sus observaciones<sup>47</sup>, señaló su preocupación por la falta de marco normativo e institucional para garantizar servicios de salud adecuado a las personas intersex (art. 12), recomendando en consecuencia que el Estado argentino adopte un marco normativo e institucional para garantizar servicios de salud adecuado a las personas intersex.

Cabe destacar que en Tierra del Fuego, existe en el área del Ministerio de Salud, equipos de profesionales (varones y mujeres) que abordan las consultas y tratamientos si correspondiere, de personas LGBTI, contando también con un programa de consejerías de adolescentes en las escuelas multidisciplinarias.

### VIII.- Jurisprudencia Nacional. Derecho Comparado

Sobre la identidad de género, existen fallos a nivel nacional, donde conforme la ley nacional 26.743 se dispone la rectificación registral conforme la identidad de género en niños, como también por ejemplo, la adecuación de la partida de nacimiento de un menor, atento la rectificación registral de la progenitora en función de su sexo<sup>48 49</sup>. También hay antecedentes jurisprudenciales, en torno al reconocimiento de la identidad de género y su impacto en la vida de los niños (como el caso de otorgar la adopción a quien se inscribió como adoptante con un sexo y luego el mismo fue modificado según su género autopercibido).

Desde el Derecho Comparado, tanto la Corte Constitucional de Ecuador, Colombia, o la Corte Suprema de India, han dictado sentencias interesantes con relación a la temática, poniendo el acento en la no discriminación, igualdad, derecho a la salud.

### VIII. Palabras finales

La obligación de proteger del Estado en su conjunto (incluye los tres poderes del Estado) no se limita a la mera aplicación o invocación de las leyes o adecuación normativa a los tratados o convenciones internacionales de DDHH.

Tal como el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado en ocasión del último informe presentado por Argentina en Ginebra (mayo/junio 2018), es necesario que se armonice la legislación y políticas con la CDN; fortalecer los canales de coordinación entre el Consejo nacional, SENNAF y las provincias; Designar el defensor del niño, postergado desde hace años y realizar prácticas y acciones compatibles con la CDN.

El abordaje de la niñez LGBTI tiene que ser holística, interinstitucional y multidisciplinaria. La experiencia mencionada sobre la escuela pública de Ushuaia con respecto al niño trans, es una muestra del trabajo coordinado de distintas disciplinas y roles interinstitucionales comprometidos frente a una realidad donde la realización de los derechos del niño se impone conforme el ISN y perspectiva de infancia.

Antonio Jorge Pereira Júnior es doctor en derecho por la Universidad de São Paulo, Brasil, y profesor en la Facultad de Derecho de la UNIFOR, Fortaleza, Brasil.

• AR/JUR/90132/2014 (adoptante que modificó su identidad de género) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, A., C. C. c. GCBA s/ medida cautelar autonoma • 22/08/2014. Cita Online: AR/JUR/50163/2014. (rectificación de partida de nacimiento de un menor para que quede asentada la paternidad de la progenitora que obtuvo rectificación registral de su sexo). Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 3 de Rawson, Provincia del Chubut • 05/09/2016 • M., J. s/ violencia de género • LA LEY 30/09/2016, 7 LA LEY 2016-E, 439 • AR/JUR/58121/2016 (“En calidad de medida preventiva urgente (art. 26, ley 26.485) corresponde ordenar a una entidad deportiva a realizar el fichaje de la denunciante en la liga de hockey de acuerdo a la identidad de género elegida por ella, en la medida que ese acto representa el acceso a las condiciones materiales adecuadas que permiten la realización de una parte importante de su plan de vida y que es deber del Estado y los particulares respetar las determinaciones autónomas que no resultan perjudiciales para nadie (art. 19, Constitución Nacional; art. 1, ley 26.743).”

49. Cabe aclarar que con anterioridad a la ley 26.743 existen también numerosos fallos sobre identidad de género. Por una cuestión metodológica, sólo hacemos referencia a partir del dictado de la ley de Identidad de género en la Argentina.

50. Corte Constitucional de Colombia, Sala 7 de revisión • 28/08/2014 • N. en representación y nombre de su

A nivel nacional contamos con el soporte de distintas leyes como la ley 26.743 de identidad de género; ley 26.206; 26.150 sobre Educación y Educación Sexual Integral (ESI)<sup>51</sup>; Ley de Protección Integral de derechos de NNA 26.061, CDN. A nivel local: la ley provincial 521 de Protección Integral de NNA y sus familias. En el ámbito regional, la OC 24/ 17 de la Corte IDH "Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo" aporta fundamentos claros en cuanto a la protección que le es debida a la identidad de género e igualdad, como derechos protegidos por la CADH.

Como expresáramos anteriormente, debemos armonizar los marcos normativos existentes, con la realidad para hacer efectivos los derechos de los NNA.

La construcción de buenas prácticas compatibles con los derechos humanos y las medidas de acción positivas, serán los medios para poder tornar efectivos los derechos reconocidos en los tratados y convenciones.

La efectiva vigencia de los derechos de los NNA consagrados en la CDN, se vincula tanto con la incorporación de los principios a las normativas provinciales, como con la implementación de estrategias del Estado de incorporación de esos derechos a la vida cotidiana.

### **4.1.3. Avanzo del Testimonio Especial del Niño Víctima de Violencia en Brasil Implementación del testimonio especial en Brasil por fuerza de la Ley 13.431 de 2017 que entró en vigor el 17 de abril de 2018 en refuerzo a la Recomendación 33 del CNJ**

Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Junior - Brasil

Marília Bitencourt C. Calou P. Rebouças

Juliana Nogueira Loiola

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

Marynna Laís Quirino Pereira

Nardejane Martins Cardoso

Rafaela Gomes Viana

Thiago Pessoa Colares



Para mejorar el Testimonio Especial (TE) de niño víctima de violencia en Brasil, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), órgano responsable del control administrativo y financiero del Poder Judicial y del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces, en asociación con la Escuela Nacional de Formación y Aprimoramiento de Jueces (ENFAM), contrató a la Universidad de Fortaleza (Fundación Edson Queiroz) para realizar una investigación con vistas a subsidiar la elaboración de cursos de capacitación de magistrados, para una mejor implementación de las disposiciones de la Ley que trata del Testimonio, la Ley Federal n. 13.431 de 2017, que entró en vigencia el 17 de abril de 2018. Ese trabajo trae informaciones sobre algunos resultados de esa investigación. El Testimonio Especial (TE) es procedimiento de escucha que debe aplicarse cuando hay necesidad de que el niño comparezca al Poder Judicial para rendir testimonio como víctima o testigo en un proceso que involucra la situación de violencia. Él cumple tres funciones. En primer lugar, sirve como procedimiento para conocer los hechos. Segundo, es un método que reduce sustancialmente la revictimización del niño. Tercero, permite la recolección más fidedigna de datos. En esa medida, el TE aprovecha a derechos del reo (producción más calificada de prueba), del niño (mayor protec-

hijo P. c. EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. • RDF 2015-II, 183 RDF 2015-II-183 • CO/JUR/2/2014

Antonio Jorge Pereira Júnior es doctor en derecho por la Universidad de São Paulo, Brasil, y profesor en la Facultad de Derecho de la UNIFOR, Fortaleza, Brasil.

"...Tratándose de un niño de 11 años en condición intersexual, respecto del cual se demandó la cobertura integral del tratamiento hormonal y cirugía de de adecuación o asignación de sexo, el consentimiento sustituto del progenitor no es constitucionalmente admisible, pues, superado el umbral crítico de la identificación de género —5 años— y no existiendo riesgo de vida o en su integridad, la decisión sobre la realización de la operación correspondería al propio menor, ajustando su ocurrencia a la necesidad de evitar las consecuencias de la pubertad...".

51. Aún con las dificultades en su implementación en todo el país, existiendo proyectos de modificación en el Parlamento argentino para su carácter de "orden público".

ción durante la escucha) y de la Justicia (mayor seguridad en el juicio).

La investigación realizada fue de carácter cualitativo. Ha durado de marzo a noviembre de 2018. Comprende 5 Estados, uno de cada región de Brasil, más el Distrito Federal. Se tuvo por objetivo evaluar el grado de implementación de las disposiciones de la Ley 13.431 y de la Resolución 33 del CNJ, concernientes al Testimonio Especial. La investigación envolvió tres ámbitos de análisis relacionados a la optimización del Testimonio: estructura espacial, capacitación del equipo técnico y correcta aplicación de los protocolos durante la escucha.

La Resolución 33 y la Ley 13.431 apuntan especialmente a mitigar los riesgos de revictimización del niño durante el testimonio. ¿Qué prescriben, en líneas generales?

En primer lugar, con relación a la estructura físico-material, determinan que el TE debe ser realizado en sala apartada, diferente de la sala de audiencia, para la cual es transmitido en vivo, siendo grabado en video. La estructura del edificio y el mobiliario de la sala de TE deben resguardar la privacidad del niño y evitar el riesgo de encontrar al agresor.

El segundo punto dice respeto a la capacitación exigida de equipo técnico interprofesional, que debe ser actualizada permanentemente para una mejor aplicación de los protocolos determinados por el Tribunal de Justicia respectivo. En cuanto a los protocolos utilizados, el CNJ y la Ley demandan la observación estricta de modo que la escucha sea refrendada por la base científica incorporada en el procedimiento, atestada por instituciones técnicas y judiciales.

En cuanto a la trayectoria histórica del Testimonio Especial por la Justicia Brasileña, los primeros pasos fueron dados por el Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur, en el Sur del país, en 2003. Luego la práctica se expandió a todos los Tribunales.

En 2010, el CNJ editó la Resolución 33 y estableció para los 27 Tribunales de Justicia del Brasil directrices para adecuación del proce-

dimiento. Sin embargo, sólo en 2017, con el advenimiento de la Ley federal 13.431, se hizo obligatoria la implementación del TE.

Dicha ley inaugura una nueva cultura judicial referente a la infancia y juventud con impactos, incluso, presupuestarios. Con el fin de auxiliar la implementación del TE en Brasil, el CNJ y la ENFAM unieron ámbitos administrativos y de capacitación para auxiliar en la implantación de esa nueva cultura. La investigación realizada por la Universidad de Fortaleza se inscribe en este contexto de levantamiento de las condiciones físicas y humanas de los Tribunales de Brasil para que sirvan a la concepción de los planes de formación que serán desarrollados por las instituciones arriba citadas.

Algunos datos del trabajo encargado a UNIFOR pueden ser anticipados. En cuanto a las exigencias de estructura, se observó falta de uniformidad de los Tribunales con relación a los ítems exigidos por la Resolución del CNJ y por la Ley, siendo éste uno de los puntos a ser superados por la acción conjunta del CNJ y ENFAM.

La Ley 13.431 en su art. 12, ítem III, establece la necesidad de existencia de sala exclusiva para la toma del Testimonio Especial. En cuanto a esto, se constató insuficiencia en algunos Tribunales visitados, sobre todo en las comarcas más distantes de las capitales.

Se verificó que sólo el 54% de las comarcas visitadas poseen sala distinta de la sala de audiencia común para la toma del TE. Se evidencia que en la mayor parte de los Tribunales no hay uniformidad en relación a las comarcas del interior y capital. Sólo Río Grande del Sur, el estado pionero en el procedimiento, presentó homogeneidad. La estructuración de las comarcas del interior debe preocupar también a los Tribunales para que se evite largos desplazamientos de niños.

En cuanto a la falta de uniformidad de estructura observadas en la investigación, hay divergencia sobre el uso de juguetes en las salas de TE. De las comarcas visitadas, 42% no disponen de juegos en las salas mientras que el 57%, sí. Con respecto a ese punto, en el levan-

tamiento bibliográfico previo a la investigación de campo, se midió que adultos provistos de juguetes a pedir colaboración del niño terminan por asumir una dinámica semejante a la de los abusadores. Otro punto levantado en la investigación es que sugerencia de intercambios lucrativos (respuestas por juguetes) pueden viciar el TE. Se plantea la cuestión de la necesaria y profunda atención del niño para la realización del Testimonio, que puede ser desviado por estímulos lúdicos. Se entiende, entonces, que debe haber esfuerzo en el sentido de uniformizar la estructura de TE en el país, de forma a diferenciar “sala de acogida previa” con equipos lúdicos, de la sala de TE, con mayor neutralidad.

Se percibió que en algunos lugares la estructura del edificio se impone como obstáculo a la concreción plena del modelo descrito en ley. Se debe buscar estrategias para garantizar espacio con luminosidad adecuada, seguridad para no contacto con agresor (artículo 9 y artículo 12, §3º de la Ley 13.431) y aislamiento acústico (artículo 12, III, parte final, de la Ley 13.431).

La investigación también planteó no haber uniformidad en cuanto a la elección y aplicación de los protocolos. Y, ya que se trata de un problema que puede afectar gravemente la salud del niño, la elección y aplicación de los protocolos debe tener en cuenta las doctrinas más seguras, e indicaciones de profesionales del área de la salud, que consideren elementos como grado de recuerdo, grado de trauma y daño, capacidad de distinguir verdad y mentira, mapeo de lenguaje, capacidad de reconocimiento anatómico, etc.

Llama atención también el lapso temporal entre la fecha del hecho y la fecha del TE. En un caso extremo, pasaron 10 (diez) años entre las dos fechas. En el 45% de los casos se tardó de 2 (dos) a 7 (siete) años para la toma del testimonio.

También llama la atención el número de veces que el niño pasó por el procedimiento de escucha. Sólo en el 22% de los casos observados la víctima fue escuchada sólo una vez. El

ideal es que se aproxime al 100%. En el 72% de los casos se oyó al menos dos veces. Entre estos casos, en el 61% de ellos no hubo justificación para la repetición del procedimiento. Se comprobó que la medida de anticipación de prueba, prevista en la Ley 13.431, no es habitualmente utilizada, a pesar de haber recomendación para esto en todos los casos de violencia sexual, y siempre en que esté involucrado niño con hasta 7 años incompletos. De los casos estudiados solamente el 16% se realizaron con medida de anticipación de pruebas.

Se percibió que la existencia de protocolo de acción conjunta entre Tribunal de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Pública y Policía Civil, presente en el 54% de las comarcas estudiadas, no contribuye a la disminución del número de veces en que el niño es escuchado o incluso en la disminución de tiempo entre la fecha del hecho y la toma de TE. Otro punto a ser mejorado.

Se percibió que la existencia de protocolo de acción conjunta entre Tribunal de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Pública y Policía Civil, presente en el 54% de las comarcas estudiadas, no contribuye a la disminución del número de veces en que el niño es escuchado o incluso en la disminución de tiempo entre la fecha del hecho y la toma de TE. Otro punto a ser mejorado.

Por la posición de liderazgo, los magistrados serán los principales responsables del éxito del TE. Por eso, es necesario que reciban capacitación que les habilite en la implementación del procedimiento, lo que exige formación en gestión, una vez que el modelo previsto en Brasil involucra tareas que sobrepasan actividad meramente judicial.

Así, cabrá al juez, mediante capacitación, liderar el proceso de implementación de la Ley 13.431, siempre que sea provisto de recursos humanos y técnicos que le habilite a actuar ante el Tribunal de Justicia del que forma parte, con el apoyo del CNJ, para obtener el cumplimiento de las exigencias de la Ley en su comarca.

Para que pueda realizar tal misión, los cursos de formación deberán ir más allá de la enseñanza estricta de la dogmática, para hacer del juez un agente de transformación. De modo especial, debe ser habilitado para elaborar estrategias de acción para alcanzar las metas de la Ley en su localidad, junto a los órganos competentes, así como para atenuar perjuicios mientras no sea posible cumplirlas de pleno, durante la etapa de implementación.

Por último, la investigación permitió constatar que el escenario es positivo, en razón del compromiso de los equipos y magistrados. Con el auxilio de las Escuelas de Formación y del Consejo Nacional de Justicia en la mejor capacitación de los magistrados, el procedimiento de TE debe perfeccionarse en los próximos años.

## 4.2. JURISPRUDENCIA

### 4.2.1. EUA – Caso Roper v. Simmons – Prohibición de imposición de pena de muerte a adolescentes (enviado por el Juez jubilado Leonard Edwards) Jurisprudencia en casos resueltos con advertencias

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551

Copiar cita

Corte Suprema de los Estados Unidos  
13 de octubre de 2004, Argumentado; 1 de marzo de 2005, Acordado  
No. 03-633  
Reportero  
543 U.S. 551 \* | 125 S. Ct. 1183 \*\* | 161 L. Ed. 2d 1 \*\*\* | 2005 U.S. LEXIS 2200 \*\*\*\* | 73 U.S.L.W. 4153 | 18 Fla. L. Weekly Fed. S 131

DONALD P. ROPER, SUPERINTENDENTE, CENTRO CORRECCIONAL DE POTOSI, Peticionario v. CHRISTOPHER SIMMONS

Historia Previa: [\*\*\*\*1]

POR ORDEN DE PETICION AL TRIBUNAL SU-

PREMO DE MISSOURI.

State ex rel. Simmons v. Roper, 112 S.W.3d 397, 2003 Mo. LEXIS 123 (Mo., 2003)

Disposición:

Afirmado.

Términos básicos

pena de muerte, menores, delincuentes, pena capital, retrasados mentales, adultos, asesinato, madurez, juventud, opinión de pluralidad, ejecuciones, edad mínima, culpabilidad, sentencia, casos, delincuente juvenil, proporcionalidad, decisiones, jurados, Derechos, legislatura, categóricos, atenuantes, países, decencia, sentencia de muerte, individuos, opiniones, pruebas objetivas, jurados

Resumen del caso

Postura de procedimiento

El joven demandado cometió asesinato a los 17 años. Fue juzgado y condenado a muerte. Este joven presentó un recurso de perdón post condena argumentando la prohibición de ejecutar personas con retrasos mentales estatuida por la enmienda VIII de la Constitución de EE. UU que también prohíbe la ejecución de jóvenes menores de 18 al momento del delito. La Corte Suprema de Missouri estuvo de acuerdo. Certiorari fue concedido.

Resumen

La Corte comenzó con una revisión de los indicios objetivos de consenso sobre la pena capital juvenil, tal como lo expresaron las promulgaciones de las legislaturas que habían abordado la cuestión. Treinta estados habían prohibido la pena de muerte juvenil: 12 que habían rechazado la pena de muerte por completo y 18 que la habían mantenido pero, por disposición expresa o interpretación judicial, excluían a los menores de su alcance.

La Corte observó que incluso en los 20 estados sin una prohibición formal de ejecutar a menores, la práctica era poco frecuente.

El Tribunal sostuvo que esto proporcionaba pruebas suficientes de que la sociedad estadounidense consideraba a los jóvenes categó-

ricamente menos culpables que el delincuente promedio y continuó proporcionando tres razones: (1) la falta de madurez y un subdesarrollado sentido de responsabilidad se encontraban en los jóvenes más a menudo que en los adultos y eran más comprensibles entre los jóvenes; (2) los jóvenes eran más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluida la presión de los compañeros; y (3) el carácter de un menor no estaba tan bien formado como el de un adulto. El Tribunal sostuvo que la Octava Enmienda prohíbe la imposición de la pena de muerte a menores delincuentes menores de 18 años.

#### Resultado

La sentencia que descarta la pena de muerte impuesta sobre el demandado, fue afirmada.

### 4.2.2 Sudáfrica

El Tribunal Superior de North Gauteng en Sudáfrica descubrió recientemente que no era necesario designar a un curador ad litem para el litigio en nombre de un niño, en el que ese niño tiene a un miembro de la familia como cuidador.

Y que dicha familia está facultada para instruir a un abogado para presentar un reclamo contra el Fondo de Accidentes de Carretera -que es el fondo de seguro para accidentes de carretera- contra los cuales se pueden presentar reclamos por pérdida de los padres.

Esto fue en el caso de Ex Parte T Molantoa obo O Moloantoa y otros Solicitantes donde varios apelantes buscaron nombrar curadores ad litem para fines de litigio a pesar de que el mismo ya había avanzado en la instrucción de los familiares de los niños.

La Corte encontró que:

- Un curador adulto que sea miembro de la familia de un niño es competente para ayudarlo con su reclamo contra el Fondo de Accidentes de Carretera;

- El hecho de que el curador del niño sea un miembro de la familia diferente al padre biológico, no tiene ningún fundamento en sí mismo para el nombramiento de un curador, ni tampoco es el hecho de que el curador sea pobre o poco instruido.

La Corte observó lo siguiente:

“ El artículo 32 (1) de la Ley de menores 38 de 2005 establece que una persona que cuida voluntariamente a un niño debe salvaguardar la salud, el bienestar y el desarrollo del niño. En asuntos concernientes a un niño, los intereses del niño son primordiales. Seguramente debe haber estado presente en la mente colectiva de la legislatura que la familia nuclear (es decir, madre biológica + padre biológico + hijos biológicos) fue y no es de ninguna manera la norma universal en este país. ¿Por qué impondría la legislatura un obstáculo puramente burocrático en el camino de la reivindicación de los derechos de los niños? No encuentro nada en el esquema de la Ley de Menores o sus propósitos, que se vería retrasado si se interpretara la sección 32 para permitir que el curador de un niño lo ayude en una acción contra el Fondo de Accidente de Carretera. Una interpretación que reconozca tal competencia por parte del cuidador promoverá los propósitos de la Ley ”.

Este desarrollo es bienvenido ya que está en línea con las realidades vividas de la mayoría de los niños en Sudáfrica que están a cargo de familiares o parientes. La sentencia está disponible en [http://www.centreforchildlaw.co.za/images/files/ourcases/2018.09.26\\_raf%20judgment.pdf](http://www.centreforchildlaw.co.za/images/files/ourcases/2018.09.26_raf%20judgment.pdf)

## 5. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

BELOFF, Mary, Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018



Comentario de Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni

I. Los modernos Estados de Derecho conforman sus ordenamientos jurídicos en, al menos, tres niveles normativos: las normas del derecho común, las normas constitucionales y las normas del derecho internacional. Respecto de las primeras, su interpretación última está en general a cargo de los tribunales ordinarios; en cuanto a las segundas, de los máximos tribunales nacionales (superiores tribunales o cortes supremas), y con relación con las terceras, a cargo de tribunales u órganos de monitoreo de los tratados.

Mucho se ha discutido acerca de la importancia de la interpretación de los tribunales internacionales y órganos de los tratados, respecto de esas normas del derecho internacional, en cuanto a su obligatoriedad (o no) por parte de los tribunales locales. Más allá de ciertos vaivenes, en nuestra región existe una extendida convicción respecto de que las normas convencionales que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pue-

den aplicarse sin tener en cuenta lo que respecto de ellas ha dicho la Corte IDH.

Sobre esa base, el conocimiento de los fallos y sus puntos más relevantes constituye una obligación por parte de todos los operadores jurídicos de los distintos países que conforman el continente. Ciertamente, la tarea de estudiar la totalidad de la jurisprudencia, respecto de cada temática en particular, puede resultar compleja y difícil, en la medida en que la resolución de cada caso demandaría una búsqueda extensa, que el operador jurídico no siempre puede realizar en función de que podría no contar con los recursos necesarios. Sumado a ello, existe una fuerte tradición en la jurisprudencia de la Corte IDH referida a la determinación del alcance de los derechos de determinados grupos vulnerables, en especial, respecto de niñas, niños y adolescentes. El conocimiento de esta vasta jurisprudencia está solamente al alcance de un especialista, lo cual demanda que los jueces lo sean. Sin embargo, no es posible que todo juez que intervenga en un caso que involucre a un niño esté especializado, y ello no se funda en un defecto de organización judicial, sino en que cualquier causa, de cualquier fuero, podría tener involucrado, a la vez que otro derecho, el interés de un niño.

Por ello, una obra que ofrece un análisis sistemático, agrupado temáticamente, con referencias completas respecto de la jurisprudencia (incluida la europea) como así también de la normativa y la doctrina, se transforma en un instrumento esencial para el trabajo de cualquier interesado en abordar los aspectos jurídicos de la niñez, y la torna una obra indispensable. Sin dudas, el libro de la Profesora Dra. Mary Beloff que hoy comentamos, titulado Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano (Hammurabi, Buenos Aires, 2018) cumple con creces estos objetivos.

II. La obra se compone de siete capítulos. El primero, titulado "El derecho del niño a su protección especial", realiza un análisis del cuerpo normativo que compone el derecho internacional de los derechos del niño, tanto respecto de sus antecedentes, como así también de los debates actuales. En particular, el

capítulo se introduce en complejos problemas respecto del alcance y la estructura de los derechos del niño y señala las tensiones que existen entre los derechos de libertad y los derechos de prestación.

Estas tensiones aparecen muy marcadas en el ámbito de la justicia juvenil; al respecto, la autora señala que el aseguramiento de las condiciones de vida digna incluye, de acuerdo con la Corte IDH, poner a los niños al margen del delito y la violencia (prevención del delito juvenil y, a la vez, prevenir los delitos que tienen a los niños como víctimas), de tal forma que aún en ese ámbito, en donde se supone que priman los derechos de libertad, continúa vigente con lozanía el deber de prestación del Estado. En este sentido, el artículo 19 de la Convención Americana reconoce claramente a los niños una esfera de protección especial, que implica obligaciones de prestación adicionales a cargo de los Estados, la familia y la sociedad toda respecto de la infancia.

En cuanto al fundamento de esta protección especial o reforzada, señala Beloff que su esencia radica en que se considera que en esta etapa de la vida las personas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, la cual requiere atención, cuidados y ayudas particulares por parte de los adultos.

El capítulo 2, titulado “La traducción latinoamericana del corpus iuris de protección de derechos humanos de niños”, se ocupa de caracterizar críticamente el particular modo en el que la Convención sobre los Derechos del Niño impactó en la región. En particular, la autora pone en evidencia dos reduccionismos: uno legal y uno penal; legal, en cuanto a que el impacto de la Convención en la región priorizó las reformas legales por sobre las modificaciones y desarrollos de la ingeniería institucional; penal, en cuanto a que esas reformas se concentraron mayormente en la aprobación de leyes de responsabilidad penal juvenil más que en aspectos vinculados a la protección y los derechos de prestación del Estado. Asimismo, la autora señala que en la región la Convención sobre los Derechos del Niño fue vista como una ruptura radical con aquello que existía,

cuando en realidad debería ser vista como una continuidad y profundización de una matriz de protección que ya el derecho internacional reconocía en anteriores tratados, convenciones y declaraciones, no sólo referidas a niños en particular, sino también a todas las personas en general.

En consecuencia, la autora sostiene que si se busca superar la retórica de los derechos del niño e impactar satisfactoriamente en la realidad de la vida de los niños latinoamericanos, debe desplazarse el enfoque reduccionista legal-penal de la “traducción latinoamericana” del corpus juris. Para ello, señala que es preciso que, en la definición y desarrollo del contenido del derecho de los niños a su protección especial, ya sea para definir una política pública o bien para definir el alcance y características de una medida ordenada judicialmente, participen profesionales de las diferentes disciplinas entrenadas en la intervención social, aquellas que en portugués se reúne bajo la denominación pedagogía. En definitiva, la autora propone modificar la hegemonía de la centralidad al saber jurídico y conformar en cambio un enfoque interdisciplinario integrado por diferentes saberes complementarios entre sí.

El capítulo 3, titulado “La regulación del derecho de los niños a su protección especial en las normas del sistema interamericano”, aborda en particular el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los alcances que le ha dado la Corte IDH. En particular, se refiere a las medidas especiales de protección y al concepto de niño.

El capítulo 4, titulado “Decisiones contenciosas del sistema interamericano que se pronuncian sobre el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, realiza una exhaustiva recopilación y un agudo análisis de la totalidad de los casos contenciosos referidos a la temática. Para una mejor exposición, la autora agrupa los distintos casos bajo criterios temáticos. Ellos son: a) casos que involucran vulneraciones individuales (violencia institucional –urbana y ejecuciones sumarias–, casos de justicia penal adolescente, casos de discriminación por la condición de migrantes

o refugiados, casos de violencia de género, casos de comunidades indígenas, casos de discriminación en el contexto de relaciones familiares, casos sobre derecho a la salud y necesidades especiales); b) casos de violaciones masivas a derechos humanos (desapariciones forzadas y violencia contra comunidades); c) casos con niños víctimas en los que se condenó al Estado pero no se analizó el contenido del artículo 19; y d) casos con niños víctimas en los cuales se analizó el alcance del artículo 19 de la Convención pero en los que no se condenó a los Estados por razones procesales.

El capítulo 5, titulado “Medidas provisionales emitidas por la Corte IDH en casos relacionados con niños”, menciona y analiza tres medidas adoptadas por la Corte IDH relativas a justicia juvenil, en cuanto a las condiciones de cumplimiento de las medidas de privación de libertad, y al derecho del niño a la familia, con relación a un caso de adopción. En la obra puede apreciarse la dispar cantidad entre resolución de casos contenciosos y medidas provisionales, en el sentido de que estas últimas son realmente escasas, lo cual demuestra el poco uso que se le ha dado, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos nacionales en donde la utilización de las medidas cautelares supera por lo general a las decisiones de fondo.

El capítulo 6, titulado “Opiniones consultivas de la Corte IDH relacionadas con los derechos del niño”, aborda las opiniones consultivas n° 17, referida a la condición jurídica y los derechos humanos del niño, y la n° 21 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración. En cuanto a la OC 17, la autora señala el impacto que ha tenido en la posterior jurisprudencia de la Corte IDH al definir entre muchos otros temas el concepto de niño, el interés superior, las características de los procedimientos judiciales o administrativos en los que participan niños. Respecto de la OC 21, la autora analiza la articulación de la Convención Americana con otros instrumentos del derecho internacional regional. Esa relación se plantea en dos niveles: a) respecto de la protección de cualquier persona migrante y b) respecto de la protección de niños migrantes.

El capítulo 7, titulado “Balance y perspectivas de la utilización del sistema interamericano en la protección de los derechos humanos de los niños”

La autora destaca centralmente para la construcción del corpus juris latinoamericano de protección de derechos del niño la importancia que tuvo el párrafo 144 del voto de la mayoría en la sentencia de fondo “Villagrán Morales” referido al derecho a la vida, donde se fijó esta regla que tiene una potencialidad inusual en todas las decisiones ulteriores del sistema interamericano. Según señala la autora, “la jurisprudencia de la Corte IDH ha renunciado a la pretensión original reclamada por varios peticionantes de otorgar un contenido teórico general a las ‘medidas de protección’ previstas en el artículo 19, así como al interés superior del niño”, sino que el concepto de medidas y de interés superior del niño se construye sobre la base del análisis de cada caso en particular, a partir de las diferentes formas de violaciones de derechos humanos que se presentan.

Luego de analizar todas las resoluciones contenciosas, consultivas y provisionales en las que la Corte IDH se ha pronunciado sobre los alcances del derecho de los niños a medidas especiales de protección, la autora da respuesta a la pregunta de si la utilización del sistema interamericano ha sido útil o no para avanzar en el reconocimiento y garantía de los derechos de los niños y las niñas en el continente.

Reflexiona acerca de las particularidades de las definiciones estratégicas que deben adoptar los operadores del sistema jurídico en cuanto a llevar el caso ante el sistema interamericano o no. Al respecto, señala como puntos relevantes a considerar los prolongados plazos que el sistema maneja, así como también la sobre exposición de los niños vulnerados que podría acarrear el litigio internacional.

En definitiva, la autora destaca que resulta fundamental reflexionar sobre qué es lo que se procura cuando se decide llevar asuntos ante el sistema interamericano, dado que las estrategias y las acciones a implementar serán diferentes en función de lo que se espere de un

sistema de justicia supranacional.

La autora, apoyada en su extensa y prolífica trayectoria en los procesos de diseño e implementación de la justicia penal adolescentes y sistemas de protección en el último cuarto de siglo en América latina, concluye que "(...) una lectura integral de los tratados (...) como la realizada por la Corte IDH en todas sus decisiones relacionadas con el art. 19, permite advertir claramente la necesidad de que el Estado trascienda su rol de mero asegurador de derechos de defensa, y avance en políticas sociales concretas sobre grupos que requieran protección especial. (...) los tratados autorizan una cuota de paternalismo justificado hacia la infancia [pero] no establecen cuáles son su contenido y sus límites, cómo se lo implementa o cuál es el poder del Estado al que le corresponde llevarlo a cabo (judicial o administrativo). En la superación de ese escollo (...) se encuentra el futuro del sistema interamericano como institucionalidad eficaz para garantizar todos los derechos de los niños y niñas latinoamericanos."

## 6. LA AIMJF EN ACCIÓN (NOTICIA SOBRE ACCIONES DEL COMITÉ EJECUTIVO)

Marta Pascual – Presidente de la AIMJF



En Mayo asumí la presidencia de la AIMJF, de manos de Avril Calder quien trabajó con mucha laboriosidad y esfuerzo en sus cuatro años de mandato.

El Congreso Internacional en el mes de mayo en la Casa de la Unesco de Paris fue un evento extraordinario por el nivel de los disertantes, la representación de varios países y los casi mil asistentes que llegaron de todos los continentes. Fue un largo trabajo poder concretarlo y la toma de decisiones de unirnos con otras ONGs compatibilizando intereses y temáticas en la suma de esfuerzos y pudiendo hacer frente a los altos costos de organización.

Fue en ese impecable marco que recibí la mano de marfil que llevan durante su mandato los presidentes de nuestra Asociación. Hace ya muchos años que participo de la AIMJF y tengo en quienes me precedieron un modelo a seguir, por su lucha a favor de los derechos de niños y jóvenes. Soy de nacionalidad argentina, lugar donde siempre he vivido y que mirando un planisferio es casi el fin del mundo, trabajando siempre en la justicia de menores o en otras instituciones que se ocupan en temas de infancia y juventud. Desde 2002 integro el tribunal penal judicial para Jóvenes, donde en juicio oral se resuelve la situación de los menores de 18 años que han cometido delitos menores o de suma gravedad.

Serán mis objetivos, como dijera ante el Consejo, lograr que el mayor número de colegas participen en la Asociación y que sus trabajos y sus ideas sean conocidos a través de la misma. Es necesario atraer nuevos miembros y Asociaciones Nacionales y ampliar la red para conocer las diferentes formas de trabajo con los niños y jóvenes en el mundo.

La tecnología será otro tema importante, ya que con los avances en IT podremos hacer reuniones a distancia y estar interconectados entre los continentes con tan sólo armar una conferencia grupal fijando un horario de comunicación.

La página web tendrá un nuevo formato donde con solamente tocar diferentes botones, pondremos al alcance de los asociados: fallos,

nuevas legislaciones, buenas prácticas, diferentes formas en que la justicia aborda algunos temas y eventos con presos o encuentros, relacionados con niños y jóvenes. La actualización de la página se hará mes a mes y queremos incorporar con el sistema One Minute Video, un breve film donde se cuenten prácticas o experiencias en tan sólo 60 segundos.

Será Gabriela Yuba, Jueza de Familia de Ushuaia, Argentina, la encargada de los contenidos de la página y quien ha de recibir los materiales (gabrielayuba@hotmail.com).

En cuanto a la Crónica (que tantas horas de trabajo le ha dedicado Avril) estará a cargo de Eduardo Rezende Melo, Juez de la Niñez y Juventud de São Caetano do Sul -San Pablo, Brasil, quien fuera Secretario de la Asociación durante la gestión de Joseph Moyersoén y que en este, su primer número como responsable en su editorial, comenta la impronta que ha de darle a este boletín.

Durante este período de cuatro años, hemos de trabajar todos los miembros de la Asociación en los temas que nos ocupan y nos parecen de mayor interés, y hemos planificado un Pre Congreso Mundial en cada continente hasta el 2022, siendo el primero en junio 2019 en Buenos Aires Argentina, en 2020 será el turno de África, 2021 Asia, finalizando en 2022 con el siguiente Congreso Internacional.

#### Son mis ideas fuerza

- **Diálogo Interinstitucional**
- **Formar equipos de trabajo**
- **Tender puentes entre las ONGs**
- **Difundir buenas prácticas**
- **Fomentar la investigación académica**

Espero saber de todos y cada uno de los socios de la Asociación o de las Organizaciones Nacionales, conocer su trabajo institucional o personal y juntos trabajar por los niños y jóvenes y que sus intereses sean tenidos en cuenta por quienes desarrollen o planifiquen políticas para la infancia, poniendo pasión en el logro de esos cambios para un mundo más amigable para los niños y jóvenes.

Cordialmente,  
Marta Pascual

## 7. NOTÍCIAS DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS REGIONALES

Los Consejos Consultivos Regionales, aunque no previstos formalmente en nuestros Estatutos, representan una iniciativa de acercamiento no a las cuestiones que más les tocan a los miembros en su labor cotidiano como también a sus expectativas con respecto a nuestra Asociación.

Más allá de eso, los Consejos expresan una búsqueda de proximidad con sus miembros, permitiendo distintos niveles de debate y de profundización de los estudios y prácticas involucrando los derechos de niños, niñas y adolescentes. Europa dio el paso pionero de crear su sección europea, con encuentros muy fructíferos y resultados interesantes, a demostrar que es un camino a ser considerado en los demás continentes.

Pensamos, así, los Consejos en una mirada doble.

De un lado, propiciar espacio de reflexión sobre retos comunes a los distintos países y posibilidades de mutuo soporte para acciones en garantía de los derechos de la niñez y por un mejoramiento estructural del Sistema de Justicia. Compartir con más regularidad experiencias comunes, proyectos en desarrollo, organización de eventos plurales, son estrategias con gran impacto en el modo de reflexionar sobre y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescente en cada región.

De otro lado, y más directamente con respecto a esta Crónica, los Consejos consultivos regionales serán un grupo de soporte al consejo editorial, sugiriendo temas para debates, proponiendo nombres para presentación de artículos, compartiendo literatura, experiencias, proyectos, jurisprudencia. Más que todo, en el

caso de una asociación internacional de profesionales del Sistema de Justicia, la vida asociativa invita a un diálogo entre la normativa internacional y la diversidad nacional y regional vivida por cada uno de nosotros y, sobre todo, por la niñez de nuestros países. Los consejos regionales seguramente permitirán una mirada más compleja, interesante y diversa a la Crónica y, por ende, a todos los miembros.

Como editor jefe de la Crónica, envíe mensaje a todos los miembros de cada país, invitándoles a componer el consejo regional de su continente en representación a su país. Si usted no recibió el mensaje y tiene interés en sumarse a esta iniciativa colectiva, le ruego entre en contacto para ofrecer su nombre para representar a su país.

Es con mucho gusto que les presento los nombres de las personas que componen los consejos actualmente, a quienes les agradezco profundamente su disposición para la vida asociativa y colaboración con esta Crónica.

## AFRICA

Cabo Verde (Cape Verde) - Angela Rodrigues  
Guinée (Guinea) Sylla Nifali  
Kenya - Christine Njagi  
Sénegal - Mame Ngor  
South Africa - Karabo Ozah  
Tunisia - Essafi Monia

## AMERICA DEL NORTE

Canada: Lise Gagnon  
Estados Unidos: Leonard Edwards. Dave Stucki

## AMERICA LATINA

Argentina: Gabriela Yuba  
Brasil: Hugo Zaher  
Chile: Claudia Miranda  
México: Yessenia Salazar  
Paraguay: Nilsa Sarquís  
Perú: Jean Smith, Olga Dominguez Jara y Doris Rodriguez

## ASIA

Bangladesh: Mohammad Deloar Hossain  
India: Madan Lokur; Nikhil Roy, Nadira Patherya

Japan:

## EUROPA

Margreeth Dam (Holanda) – presidente de la sección europea

Aline Grünwald (Alemania) – co-presidente de la sección europea

## ORIENTE MEDIO

Jordania: Siyma Barkin Kuzmin

## PACÍFICO DEL SUR (OCEANIA)

En formación, con el soporte momentáneo del Juez Andrew Becroft, de Nueva Zelandia.

## 7.1. NOTICIAS DE NORTEAMERICA

### CANADA

Ley de Legalización del Cannabis

<https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/cannabis/>

El 17 de octubre de 2018, Canadá se convirtió en el segundo país en legalizar la posesión de cannabis en todo su territorio. Con la adopción de la Ley de Cannabis, el Gobierno de Canadá tiene como objetivo proteger la salud y seguridad públicas y prevenir actividades ilegales relacionadas con el cannabis. La Ley pretende también proteger la salud de los jóvenes al restringir su acceso al cannabis.

Aunque ahora legales, las actividades relacionadas con el consumo, venta y producción del cannabis están sujetas a estrictas regulaciones, que varían de una provincia a otra. Por ejemplo, en lo que a los jóvenes respecta, la legislación federal permite la posesión de 5 gr o menos de cannabis, aunque algunas provincias adoptaron leyes específicas que prohíben que los menores posean esta sustancia.

En los próximos meses y años, será particularmente interesante evaluar el impacto de la legalización del cannabis en los hábitos de los consumidores.

Lejos de alcanzar un consenso entre la población y los representantes electos, el hecho es

que las diferentes medidas adoptadas sobre el cannabis continuarán siendo ampliamente discutidas.

Francis Parent-Mailloux, Lawyer at the Court of Quebec's Research Department

## 7.2. Sudamérica

Consejo Consultivo Regional Latinoamericano: un nuevo desafío.

Gabriela Yuba - Argentina

La creación del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano dentro de la AIMJF constituye un gran desafío.

No sólo por el aporte de doctrina, jurisprudencia, prácticas locales, sino por la sinergia que genera el intercambio de distintas realidades, siendo esencial en la construcción de una nueva identidad.

Y es esta identidad regional la que aporta un sentido con enfoque de derechos humanos a la AIMJF, constituyendo un elemento vital que contribuye a una mirada integradora en pos del fortalecimiento de los sistemas de justicia para los niños, niñas y adolescentes.

Teniendo en cuenta las conclusiones del último Congreso Mundial 2018 sobre la Justicia para los niños, niñas y adolescentes, en la Sede UNESCO de París, celebrado entre el 28 y 30 de mayo del 2018, apuntamos hacia una "Justicia CON los niños", basada en un enfoque de derechos del niño; a una mayor participación de los mismos y a una justicia amigable a los derechos de los mismos.

Estos objetivos nos obligan a mejorar nuestras prácticas e intervenciones para con la niñez y adolescencia, desde la faz preventiva y de promoción de sus derechos.

Los conflictos armados, cambio climático, desplazamiento humano, crisis económicas, terrorismo, influencia de las tecnologías y medios de comunicación digital impactan en la sociedad, especialmente sobre franjas vulne-

rables como la infancia y adolescencia, requiriendo una nueva mirada y resignificación de nuestras acciones como Asociación.

Hoy formamos parte de un mundo globalizado, donde las problemáticas son comunes y las respuestas deben ser coordinadas e interrelacionadas. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como la protección de la familia, la promoción de los derechos humanos de los sujetos más vulnerables no reconoce fronteras: es una obligación global que hace a la dignidad humana y requiere de esfuerzos y trabajos conjuntos.

La puesta en marcha del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano es una acción afirmativa orientada a una efectiva protección y promoción de los derechos de la niñez y adolescencia. Supone un compromiso en la construcción de una cultura de derechos humanos y enfoque regional que brindará herramientas eficaces para el análisis y abordaje de una realidad cada vez más compleja, que impacta severamente en los derechos de los niños.

Celebro la creación de este Consejo Consultivo Regional Latinoamericano, compartiendo con mis colegas y miembros de la Asociación, motores esenciales en la dinámica organizacional, el entusiasmo y compromiso por hacer realidad la protección del interés superior del niño y el verdadero empoderamiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

## 7.3. Europa

Capítulo Europeo IAYFJM

Daniel Pical - Francia

Tras el Congreso IAYFJM en Túnez en 2010, se creó el Capítulo Europeo IAYFJM, que está abierto a los magistrados de todos los países del Consejo de Europa.

Desde entonces, cada año se celebra una reunión del Capítulo Europeo IAYFJM en un país diferente (2010: Italia; 2011: Francia; 2012: Bélgica; 2013: Suiza; 2014: Bélgica; 2015: Francia;

2016: Reino Unido; 2017: Holanda ; 2018: Francia). Para cada encuentro, se envió a los colegas de cada país un cuestionario relacionado con el tema elegido para la reunión. Por ejemplo, en 2017, el tema elegido fue: "El tratamiento habitual, las experiencias innovadoras y las buenas prácticas en relación con los menores privados de su libertad antes y después del juicio penal". En 2018, aprovechando el Congreso Mundial celebrado en París y la conferencia de la Asociación Francesa de Magistrados de la Juventud y la Familia el 31 de mayo de 2018 sobre "Detención de menores en casos penales, de atención y protección: un enfoque internacional comparativo", el Capítulo Europeo IAY-FJM abordó la Directiva (UE) 2016/800, de 11 de mayo de 2016, sobre garantías procesales para niños sospechosos o acusados en procesos penales.

## 8. AGENDA DE EVENTOS

### 8.1. CONSEJO NACIONAL AMERICANO DE JUECES DE TRIBUNALES DE MENORES Y FAMILIARES NCJFCJ Conferencia Anual 82°

28 de julio de 2019 a 31 de julio de 2019  
Orlando, Florida Omni Orlando Resort at Championsgate

La Conferencia Anual 82° de NCJFCJ incluirá presentaciones sorprendentes sobre temas actuales e innovadores que inspirarán, provocarán e incitarán discusiones acerca de los problemas que enfrenta el sistema de tribunales de menores y familiares.

Las sesiones plenarias diferenciadas por temas de capacitación específica sobre derecho de familia, justicia juvenil, bienestar infantil y violencia familiar; así como el camino a seguir con soluciones prácticas e innovadoras, son sólo el comienzo de las ofertas educativas de la Conferencia Anual 82° de NCJFCJ

Para más información e inscripciones, por favor consultar.

:<https://www.ncjfcj.org/82nd-annual-conference>

### 8.2. Tribunales Ficticios de Derechos del Niño en la Universidad de Leiden

El concurso de los tribunales ficticios de Derechos del Niño (CRM) es un evento organizado por el Departamento de Derechos del Niño y el Centro Grotius de Estudios Jurídicos Internacionales de Leiden Law School, Leiden University, Países Bajos, para mejorar los derechos de los niños en todo el mundo. Estudiantes y profesionales de diversos lugares del globo acuden a este evento de gran actualidad para discutir los problemas más apremiantes sobre los derechos de los niños. El encuentro se lleva a cabo en las instalaciones de la Escuela de Derecho de Leiden (Leiden Law School). Este artículo ilustra sus características y formas de involucrarse, en caso de que se despierte su interés.

#### Su origen

A pesar de que, desde la creación del CRC, los niños son teóricamente reconocidos como portadores de derechos, la práctica no siempre está en línea con esta realidad legal. Por lo tanto, en 2012 se estableció la Cátedra de los Derechos del Niño de UNICEF para recopilar y difundir el conocimiento sobre estos derechos, ya que se cree que de este modo se contribuirá al empoderamiento legal de los niños.

El CRM fue iniciado por Leiden Law School en 2014 con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC). El evento se alinea con la misión de la Presidencia de UNICEF de promover los derechos de los niños a través de la educación y la investigación.

El CRM no sólo educa a los equipos participantes para defender un caso complicado relacionado con esta área tan compleja de la ley (que atraviesa otros campos legales y se relaciona con muchos desafíos sociales que afectan a los niños y sus familias en todo el mundo) ante un organismo internacional, sino que también concientiza a todas las personas relacionadas con Leiden Law School (dentro de la facultad

y mucho más allá) para los temas sobre derechos del niño en un contexto específico

"Para nosotros, esta corte simulada fue una experiencia valiosa de muchas maneras. Tanto a nivel personal como académico. Pudimos entrenar nuestras habilidades de escritura y defensa. Nos familiarizamos más con la investigación de diferentes niveles de legislación. Hemos aprendido mucho de la experiencia global. También nos gustó mucho el caso porque era muy relevante para los problemas reales a los que se enfrenta este mundo. Mientras tanto, tuvimos la oportunidad de conocer gente nueva e interesante de todo el mundo".

Participante CRM 2017

### Su estructura

El CRM es una competencia internacional bianual de tres días para estudiantes de derecho con un gran interés en los derechos internacionales de los niños. Los estudiantes de licenciatura y / o maestría de tercer año en derecho de todos los países son elegibles. Las dos ediciones anteriores de la corte simulada (en 2014 y 2017) atrajeron a estudiantes de todo el mundo, desde Sudáfrica hasta Irlanda.

Un procedimiento de quejas ficticias es la herramienta clínica para capacitar a estudiantes de derecho a través de dos fases cruciales del procedimiento de quejas: la redacción de argumentos legales (Memoriales) para el denunciante (un niño o grupo de niños) y el denunciado (un estado), y el alegato de argumentos orales basados en estos memoriales. Las palabras que están escritas y alegadas serán el resultado del trabajo en equipo, a menudo una necesidad en cualquier carrera legal. El CRM proporciona por consiguiente una oportunidad desafiante a los equipos participantes de entrenar las habilidades que necesitan para calificar para una carrera legal (internacional).

### Un centro para profesionales

Si bien el objetivo del CRM es principalmente educativo, el evento también crea un centro para profesionales que trabajan en el campo de los derechos de los niños. El Panel de Eva-

luación que tiene la tarea de evaluar los Memoriales y / o alegatos está compuesto por expertos de todo el mundo, que trabajan a diario con los derechos de los niños tales como jueces, defensores, investigadores u otros.

Los resultados del último del CRM demostraron que los a los profesionales les entusiasma convertirse en miembros del Panel de Evaluación, ya que les brinda una buena oportunidad para reunirse con colegas de otros países en su campo legal. El CRM es un centro de discusión académica. En el tercer día del CRM, se lleva a cabo una pequeña conferencia a fin de crear una plataforma para las presentaciones de los miembros del Panel de Evaluación sobre la investigación que están llevando a cabo y la discusión relacionada. El CRM es así también un evento social. Los participantes, visitantes y miembros del Panel de Evaluación podrán construir su red, ya que se reunirán con otros participantes de todo el mundo en varias reuniones sociales durante el evento.

### El Caso

El caso que se tiene que defender en el CRM siempre gira en torno a un problema apremiante en la actualidad de los derechos de los niños que necesita una evaluación desde la perspectiva de los derechos del niño.

En la primera competencia en 2014, 15 equipos de estudiantes de 9 países diferentes abogaron por un caso relacionado con la protección de los niños a lo largo de todas las jurisdicciones, en contextos de conflicto y bajo regímenes de "emergencia". La segunda sesión del CRM siguió en marzo de 2017 y se refería a la detención de una madre que solicitaba asilo para ella y su hijo. Durante el siguiente encuentro, del 3 al 5 de abril de 2019, se evaluará a los participantes si pueden aplicar el CRC en un caso en el que el estado ha tenido históricamente una esfera de influencia limitada.

### Involucrarse

Si desea contactarse y brindar su apoyo para actuar como juez, revisor o entrenador en las próximas ediciones, no dude en comunicarse

con nosotros. Visite nuestro sitio web para más información.

**8.3. Acceso y Matricula abierta: Master en Derecho - Estudios avanzados en Derecho Internacional de la Infancia y Adolescencia - Universidad de Leiden**  
El Departamento de Derecho de Infancia de la Universidad de Leiden esta recibiendo aplicaciones para su Master en Derecho: Estudios avanzados en Derecho Internacional de la Infancia y Adolescencia para el curso 2019-2020. Este master oficial ofrece una preparación especializada e internacional y tiene como objetivo educar y preparar a sus alumnos a responder de manera eficaz a los cambios legales relacionados a la infancia y adolescencia a nivel internacional, regional y nacional. Este master universitario esta dirigido a licenciados y graduados en derecho de todas las partes del mundo. Graduados y profesionales de otras areas están bienvenido siempre que cuenten con estudios y/o experiencia en el ámbito legal. La fecha límite para enviar las aplicaciones para el acceso es el 1 de Abril para estudiantes fuera de la Union Europea y 15 de Junio para estudiantes de la Union Europea. Para más información visita nuestra pagina de Facebook y accede a nuestro newsletter aquí.

#### **8.4. Pre congreso mundial y encuentro regional latinoamericano de la AIMJF**

Guarda la fecha!: Pre congreso mundial y encuentro latinoamericano de la Aimjf

Fecha: 6 y 7 de junio de 2019

Local: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

Como acción continua de preparación del congreso mundial de la Aimjf, que ocurrirá en 2022, el consejo ejecutivo deliberó que a cada año su encuentro coincidirá con la realización de un pre congreso en un continente distinto por año, garantizando que, en la misma oportunidad, se organice un encuentro regional de la Aimjf. En 2020 el precongreso y encuentro regional será en Africa y en 2021 probablemente en Oriente Medio o Asia. La programación y medios para inscripción serán difundidos brevemente.

## 10. Rúbrica de Contactos

IAYFJM Child Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>
Child Rights Connect	A global child rights network connecting the daily lives of children to the UN. Press release: Children can now seek justice through the UN	<a href="#">Find it here</a>
CRIN	Website	<a href="#">Find it here</a>
The Child Rights	Email	<a href="mailto:info@crin.org">info@crin.org</a>
Information Network	<a href="https://www.crin.org/en/home/what-we-do/">https://www.crin.org/en/home/what-we-do/</a>	<a href="#">Find it here</a>
Defence for Children International	Website	<a href="#">Find it here</a>
European Schoolnet	Transforming education in Europe Skype e.milovidov Contact <a href="mailto:elizabeth.milovidov@eun.org">elizabeth.milovidov@eun.org</a> ENABLE project information	<a href="#">Find it here</a>
IDE International Institute for the Rights of the Child	Website <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison</a> <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity</a>	<a href="#">Find it here</a>
	Contact	<a href="#">Find it here</a>
IJJO International Juvenile Justice Observatory	Website Newsletter <a href="http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-justice">http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-justice</a>	<a href="#">Find it here</a> <a href="#">Find it here</a>
OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>

PRI Penal Reform International	PRI is an international non-governmental organisation working on penal and criminal justice reform worldwide. PRI has regional programmes in the Middle East and North Africa, Central and Eastern Europe, Central Asia and the South Caucasus. To receive the Penal Reform International (PRI) monthly newsletter, please sign up at <a href="#">find it here</a>	<a href="#">Find it here</a>  <a href="#">Find it here</a>
Ratify OP3 CRC	Campaign for the ratification of the OP3:	<a href="#">Find it here</a>
TdH	Website	<a href="#">Find it here</a>
Fondation Terre des Hommes	Newsletter	<a href="#">Find it here</a>
UNICEF	Website	<a href="#">Find it here</a>
Washington College of Law,- Academy on Human Rights and Humanitarian Law	<a href="http://www.wcl.american.edu/">http://www.wcl.american.edu/</a>	

## 9. Crónica – la Voz de la AIMJF. El comité editorial

La 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 los campos del derecho civil concerniente a los niños y los adolescentes y en la justicia juvenil, alrededor del mundo.

Como expresión de una Asociación con representantes en más de sesenta países, la Crónica es un importante retrato de la diversidad de prácticas en el mundo para garantizar a los derechos de los niños, como también para perfeccionar la Justicia de la Niñez y de la Familia, y la Juvenil, con un horizonte de construcción de reflexiones teóricas que contribuyan para una más grande profundización en este campo del derecho.

Con la participación de los miembros, en una gran red de colaboradores, extendida a sus contactos con universidades, investigadores independientes y organizaciones involucradas con la garantía de derechos de los niños, se está creando una red de contribuciones del mundo entero que nos provee, de manera regular, con artículos, buenas prácticas, revisiones bibliográficas, comentarios sobre nuevas leyes y jurisprudencia.

Además de artículos sobre temas de interés general, cada edición dedica un espacio a un tema para estudio comparativo, sugerido por el Comité Editorial, los Consejos Consultivos Regionales o por cualquier miembro.

Por lo tanto, 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 está a cargo del Comité Editorial,

pero nos ayudaría muchísimo poder recibir los artículos desde luego traducidos en estas lenguas.

Los artículos, preferentemente, deberán ser de 1500-2000 palabras de largo. Los comentarios sobre los artículos ya publicados son bienvenidos. Los artículos y comentarios pueden ser enviados directamente al Jefe de Redacción ([chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org)) o, si prefieren, a cualquier de los miembros del Comité, representando cada región del globo, que les presento y a quien agradecemos, siempre, la fundamental colaboración.

**Aleksandra Deanoska – Macedonia** ([aleksandra\\_deanoska@yahoo.com](mailto:aleksandra_deanoska@yahoo.com))

**Andrew Becroft – Nueva Zelandia** ([a.becroft@occ.org.nz](mailto:a.becroft@occ.org.nz))

**Gabriela Ureta – Chile** ([gureta@vtr.net](mailto:gureta@vtr.net))

**Jean Trépanier – Canada** ([jean.trepanier.2@umontreal.ca](mailto:jean.trepanier.2@umontreal.ca))

**Julia Sloth-Nielsen – Sud África** ([jsloth-nielsen@uwc.ac.za](mailto:jsloth-nielsen@uwc.ac.za))

**Leonard Edwards – Estados Unidos** ([judgeleonardedwards@gmail.com](mailto:judgeleonardedwards@gmail.com))

**Madan Lokur – India** ([madanlokur@gmail.com](mailto:madanlokur@gmail.com))

**Magdalena Arczewska – Polonia** ([Magdalena.arczewska@uw.edu.pl](mailto:Magdalena.arczewska@uw.edu.pl))

**Mary Beloff – Argentina** ([mabeloff@retina.ar](mailto:mabeloff@retina.ar))

**Nadira Patherya – India** ([patherya@gmail.com](mailto:patherya@gmail.com))

**Taghreed Jaber – Jordania** ([tjaber@penalreform.org](mailto:tjaber@penalreform.org))

**Viviane Primeau – Canada** ([viviane.primreau@judex.qc.ca](mailto:viviane.primreau@judex.qc.ca))

# SOMMAIRE

---

<a href="#"><u>1. Éditorial - Eduardo Rezende Melo – Rédacteur en chef</u></a>	<b>74 - 76</b>
<a href="#"><u>2. ÉTUDE COMPARATIVE – NOUVELLES FORMES DE PARENTALITE ET LE DROIT DE L'ENFANT AU BIEN ETRE FAMILIAL</u></a>	<b>77</b>
<a href="#"><u>2.1. APPROCHES THÉORIQUES</u></a>	<b>77</b>
<a href="#"><u>2.1.1 La gestation pour autrui commerciale internationale : ses effets sur les droits des enfants et le rôle des tribunaux de la famille. Claire Achmad – Nouvelle Zélande</u></a>	<b>77 - 81</b>
<a href="#"><u>2.1.2 La filiation des enfants nés du recours à la gestation pour autrui au Canada et au Québec? Michelle GIROUX – Canada</u></a>	<b>82 - 83</b>
<a href="#"><u>2.1.3 Les techniques de procréation médicalement assistée au Chili. Gabriela Ureta Roiron – Chili</u></a>	<b>83 - 90</b>
<a href="#"><u>2.1.4 Le placement chez des proches : la meilleure réponse pour notre système de placement des enfants. Leonard Edwards – États-Unis</u></a>	<b>90 - 97</b>
<a href="#"><u>2.2. JURISPRUDENCE</u></a>	<b>97</b>
<a href="#"><u>2.2.1 Canada – La pluriparentalité et la gestation pour autrui</u></a>	<b>97 - 99</b>
<a href="#"><u>2.2.2 Brésil – La pluriparentalité</u></a>	<b>97 - 99</b>
<a href="#"><u>2.2.3 Royaume Uni – disputa de tenencia</u></a>	<b>99 - 100</b>
<a href="#"><u>3 INNOVATIONS ORGANISATIONNELLES ET METHODOLOGIQUES (LES BONNES PRATIQUES), INCLUANT CELLES CONCERNANT LA FORMATION</u></a>	<b>101-105</b>
<a href="#"><u>3.1. La spécialisation des juges et des procureurs en matière de justice juvénile. Theresia Höynck – Allemagne</u></a>	<b>101-105</b>
<a href="#"><u>3.2. Lignes directrices sur les enfants en contact avec la justice - Derniers développements – votre aide est la bienvenue! Avril Calder et Jean-François Noël</u></a>	<b>105 - 107</b>

# SOMMAIRE

<b><u>4. SUJETS D'INTERET GENERAL</u></b>	<b>108</b>
<b><u>4.1. APPROCHES THÉORIQUES</u></b>	<b>108</b>
<b><u>4.1.1 L'autonomie progressive des enfants et des adolescents, et le droit civil : l'expérience argentine. Marisa Herrera - Argentine.</u></b>	<b>108 - 113</b>
<b><u>4.1.2. Le rôle de l'État dans la réalisation des droits de l'enfant et de l'adolescent – L'enfant trans' – L'intégration de la perspective de l'enfant et de l'adolescent. Gabriela Yuba - Argentine.</u></b>	<b>113 - 124</b>
<b><u>4.1.3. Le témoignage spécial des enfants victimes de violence au Brésil : quels progrès ? Antonio Jorge - Brésil</u></b>	<b>124 - 127</b>
<b><u>4.2. JURISPRUDENCE</u></b>	<b>127</b>
<b><u>4.2.1. États-Unis interdiction de la peine de mort pour les mineurs âgés de moins de 18 ans</u></b>	<b>127 - 128</b>
<b><u>4.2.2. Afrique du Sud- assistance aux enfants pour tenter une action</u></b>	<b>128</b>
<b><u>5. NOUVELLES PUBLICATIONS</u></b>	<b>129</b>
<b><u>5.1 BELOFF, Mary, Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales (Droits de l'enfant et protection spéciale de l'enfant dans le système interaméricain : analyse systématique d'arrêts fondamentaux, non traduit), Buenos Aires, Ad Hoc, 2018. Compte rendu de Mariano Kierszenbaum et Martiniano Terragni</u></b>	<b>129 - 132</b>
<b><u>6. LES ACTIVITÉS DE L'AIMJF- DES NOUVELLES DU BUREAU. Marta Pascual, Présidente de l'AIMJF</u></b>	<b>132 - 133</b>
<b><u>7. LE REGARD REGIONAL SUR LA JUSTICE ET L'ENFANCE- DES NOUVELLES DES SECTIONS REGIONALES OU DES CONSEILS CONSULTATIFS RÉGIONAUX</u></b>	<b>134 - 135</b>
<b><u>7.1. Amérique du Nord</u></b>	<b>135 - 136</b>
<b><u>7.2. Amérique du Sud</u></b>	<b>135 - 136</b>

# SOMMAIRE

---

<a href="#"><u>7.3. Europe</u></a>	<b>136</b>
<a href="#"><u>8. AGENDA DES ÉVÉNEMENTS A VENIR</u></a>	<b>137</b>
<a href="#"><u>8.1. Conférence de la NCJFCJ – États-Unis</u></a>	<b>137</b>
<a href="#"><u>8.2. Le concours de plaidoirie sur les droits de l'enfant à l'université de Leyde, Hollande</u></a>	<b>137 - 138</b>
<a href="#"><u>8.3. Maîtrise en droits de l'enfant à Leyde, Hollande</u></a>	<b>138 - 139</b>
<a href="#"><u>8.4 Pré congrès mondial et rencontre régionale de l'AIMJF</u></a>	<b>139</b>
<a href="#"><u>9. RUBRIQUE DE LA TRÉSORIÈRE</u></a>	<b>139</b>
<a href="#"><u>10. LA RUBRIQUE DES CONTACTS</u></a>	<b>140-141</b>
<a href="#"><u>11. LA CHRONIQUE, LA VOIX DE L'AIMJF, ET SON COMITÉ DE RÉDACTION</u></a>	<b>142</b>

## 1. ÉDITORIAL

Eduardo Rezende Melo  
(Rédacteur en Chef) – Brésil



En guise d'ouverture de cet éditorial, j'aimerais dire que j'ai le double honneur de succéder à Avril Calder, en tant que rédacteur en chef de la Chronique, et d'œuvrer avec Marta Pascual, la nouvelle présidente de l'AIMJF, à l'approfondissement des questions qui concernent les droits de l'enfant et les systèmes judiciaires.

Je dois aussi dire que j'ai devant moi un double défi, car il s'agit de maintenir la qualité et l'excellence du travail d'Avril tout en incorporant à la Chronique le dynamisme et la vision de Marta.

Bien que nous ayons eu peu de temps pour organiser le nouveau comité éditorial et cette édition, nous espérons malgré tout vous présenter un travail qui s'inscrit à la fois dans la continuité, mais aussi dans la nouveauté. En effet, nous avons souhaité instaurer de nouvelles interactions entre la Chronique et les différentes activités de l'association, en tâchant de les rendre les plus proches possible des membres.

Ces changements se reflètent de prime abord

dans le nouveau design de la Chronique, qui facilite la lecture, grâce aux liens qui, dès le sommaire, renvoient directement aux articles, et à la compilation des trois versions officielles de la Chronique (espagnole, française et anglaise), dans un seul document.

Nous avons également cherché à traduire la diversité culturelle des membres de l'association en élargissant le comité éditorial de la revue, qui compte désormais des membres de tous les continents et des différents modèles juridiques. De plus, la constitution des conseils consultatifs régionaux, à laquelle nous invitons tous les membres de l'association à participer, vise à créer davantage de canaux de participation et de collaboration au sein de l'association.

Outre ces changements formels et organisationnels, nous avons souhaité non seulement offrir aux membres des études globales sur les droits des enfants et des adolescents, mais aussi permettre que les thèmes abordés puissent être approfondis de manière comparative, en invitant les membres et les collaborateurs de l'association à écrire des articles qui présentent les tendances jurisprudentielles et les nouvelles lois dans les différents pays et régions. Dans ce domaine, le comité éditorial et les conseils consultatifs régionaux ont été et seront d'une importance décisive.

La triple base de l'étude de notre champ du droit (la doctrine, la jurisprudence et la loi) ne peut, dans une association de magistrats, être dissociée d'une réflexion sur l'organisation de la justice, ses défis et ses nouveaux horizons. Non seulement nous – les magistrats et les juges impliqués dans les affaires avec des enfants – devons susciter des réflexions théoriques, mais aussi envisager le conseil exécutif et les différents niveaux de l'association comme des axes primordiaux pour améliorer la justice et notamment sa capacité à garantir les droits des enfants.

Bien que le délai offert aux membres et aux collaborateurs de l'association pour remettre leurs articles ait été particulièrement court, c'est avec grande satisfaction que nous vous présentons le résultat de cet effort de réflexion

Eduardo Rezende Melo a étudié droit et philosophie, il a un degré de master autant en droit que en philosophie et est à la fin de ses études pour obtenir le degré de Doctorat en Droit par l'Université de São Paulo, Brésil. Il est le Rédacteur en Chef de la Chronique depuis 2018, a été Secrétaire Général de l'Association entre 2010 et 2014 et président de l'Association Brésilienne des Juges et Procureurs de l'Enfance et de la Jeunesse de 2008 à 2010. Eduardo est juge au Brésil depuis 1991, toujours s'occupant des droits des enfants et est un des coordinateurs pédagogiques de l'École de la Magistrature de l'État de São Paulo concernant les droits des enfants

collectif sur les enfants, leurs droits et la justice.

Nous avons choisi d'orienter les discussions comparatives de cette édition autour de la diversité des modèles familiaux et les droits des enfants.

Dans son article, Claire Achmad (docteure en droit des enfants, Nouvelle-Zélande) nous offre une analyse globale de la gestation pour autrui (GPA) commerciale internationale et de ses effets sur les droits de l'homme et en particulier ceux des enfants. En partant des conséquences sur les droits des enfants et des adolescents, d'une part, et du manque de consensus international sur la question de la GPA commerciale, d'autre part, elle évalue les défis qui se posent et le rôle des juges dans la protection des droits des enfants et des adolescents, protection qui doit se fonder sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Michelle Giroux (professeure, Canada) analyse dans son article la filiation des enfants nés sous GPA dans son pays et en particulier dans la province du Québec. Elle présente le cadre normatif du Canada et de la belle province et met en avant, en ayant recours à des précédents jurisprudentiels, des situations concrètes qui montrent la nécessité d'une réforme du droit, tout en énonçant les questions qui doivent être à la base de cette réforme.

Gabriela Ureta (avocate, Chili) commente dans son article les limites du cadre normatif de son pays concernant les techniques de procréation assistée et présente un arrêt intéressant de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui constitue une référence importante en matière des droits relatifs à la liberté et à l'intégrité de la personne, à la vie privée et familiale, en lien avec ces techniques. En outre, elle analyse des exemples d'affaires judiciaires au Chili et met l'accent sur la nécessité de renforcer la législation nationale.

Dans son article, Leonard Edwards (juge retraité, États-Unis) ouvre un autre thème de discussion en posant la question suivante : com-

ment la famille élargie doit-elle être considérée lorsqu'il est nécessaire de retirer des enfants ou des adolescents à leurs parents dans des situations de maltraitance ou de négligence ? Il présente des études statistiques réalisées dans son pays sur le recours au placement chez des proches dans ce type de situation, ainsi qu'une analyse qualitative du respect des droits des enfants, tout en recommandant que les juges travaillent de façon plus étroite avec les services sociaux pour que la famille élargie soit prise en compte dans ces situations extrêmes.

À la suite de ces articles, la Chronique met en avant des affaires jurisprudentielles envoyées par des membres de l'association. Ces affaires concernent la pluriparentalité au Canada et au Brésil, ainsi que la garde d'enfants au Royaume-Uni, dans laquelle il est question de la conciliation des valeurs de communautés distinctes (juive orthodoxe et LGBT) par rapport aux droits de l'enfant.

Par ailleurs, nous lançons dans cette édition une section spéciale composée d'articles sur le renforcement de la justice. Theresia Höyincik (professeure, Allemagne) nous présente dans son article une analyse intéressante du niveau de spécialisation des juges en matière de justice juvénile dans son pays, dans laquelle elle souligne l'écart qui existe entre le cadre normatif et la justice spécialisée dans la pratique.

Dans cette même section, Avril Calder, ancienne présidente de l'AIMJF, fait état des activités réalisées pour disséminer les lignes directrices de l'association sur les enfants en contact avec la justice.

Répertoriés dans la section des études globales, trois articles abordent ensuite la question du niveau de reconnaissance des droits des enfants dans leur spécificité existentielle.

Marisa Herrera (professeure, Argentine) analyse dans son article le principe d'autonomie progressive (ou de capacités évolutives) dans le droit civil argentin, en mettant l'accent sur le droit à la santé et à la sexualité.

Gabriela Yuba (avocate, Argentine) discute, à

partir de l'exemple d'un enfant trans' dans une école d'Ushuaïa, de la reconnaissance des droits sexuels des enfants et des adolescents, ainsi que du devoir de protection de l'État, dans la loi et dans la pratique.

Enfin, Antonio Jorge (professeur, Brésil) présente quelques résultats d'une enquête sur la mise en œuvre récente de la nouvelle loi relative au témoignage spécial pour les enfants victimes ou témoins de violence dans son pays.

Leonard Edwards a également envoyé un arrêt de la Cour suprême des États-Unis qui, bien qu'il ne soit pas si récent, possède une grande valeur sur le plan symbolique et dans la pratique, pour avoir aboli la peine de mort pour les adolescents. Un autre article renvoie à la décision d'une haute cour en Afrique du Sud sur la représentation des enfants dans les actions au civil.

Dans notre section consacrée à la critique de livres, Mariano Kierszenbaum et Martiniano Terragni présentent le livre de la juge Mary Bellhoff, dans lequel elle analyse des décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en lien avec les droits des enfants.

Enfin, nous terminons cette édition de la Chronique par des informations sur les activités de l'association.

Marta Pascual, actuelle présidente de l'AIMJF, présente ses objectifs pour l'association. Un espace est également consacré aux régions, afin que chaque continent puisse présenter ses activités, par l'intermédiaire des conseils consultatifs régionaux ou, dans le cas de l'Europe, à travers sa section régionale.

L'agenda des événements (aux États-Unis et aux Pays-bas) et la rubrique de la trésorière, ainsi que des informations sur le comité éditorial et sur la mise à jour du site internet de l'association sont autant de points qui ferment également cette édition.

Nous espérons que vous la trouverez intéressante et qu'elle vous encouragera à participer davantage à notre association et notamment à

la Chronique.

Bien entendu, votre participation à la prochaine édition de la Chronique, qui sera publiée en juillet, est grandement appréciée. Son sujet d'étude comparative portera sur le crime organisé (y compris le terrorisme) et les défis de la justice juvénile.

Pour terminer, j'aimerais remercier mes collègues du comité éditorial et des conseils consultatifs régionaux, ainsi que toutes les personnes qui ont collaboré à cette édition de la Chronique, dont je vous souhaite une très bonne lecture !

## 2. ÉTUDE COMPARATIVE – NOUVELLES FORMES DE PARENTALITE ET LE DROIT DE L'ENFANT AU BIEN ETRE FAMILIAL

### 2.1. APPROCHES THÉORIQUES

#### 2.1.1 La gestation pour autrui commerciale internationale : ses effets sur les droits des enfants et le rôle des tribunaux de la famille

Claire Achmad – Nouvelle Zélande



Claire Achmad est une spécialiste des politiques et des droits de l'enfant. Elle est titulaire d'un doctorat de l'université de Leyde. L'intitulé de sa thèse de doctorat est « Les droits des enfants dans la gestation pour autrui commerciale internationale » (2018). Elle est membre du groupe d'experts réunis par le Service social international (SSI) pour l'élaboration de principes en vue d'une meilleure protection des enfants dans la GPA internationale, et elle a conseillé la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants sur les sujets se rapportant à la GPA internationale. Mme Achmad a été admise à la Haute Cour de Nouvelle Zélande en tant qu'avocate et conseillère juridique, et elle est actuellement directrice générale du plaidoyer à Barnados, défendant les droits des enfants et leur bien-être, à Wellington, en Nouvelle-Zélande.

Enfin, nous terminons cette édition de la Chronique par des informations sur les activités de l'association.

Marta Pascual, actuelle présidente de l'AIMJF, présente ses objectifs pour l'association. Un espace est également consacré aux régions, afin que chaque continent puisse présenter ses activités, par l'intermédiaire des conseils consultatifs régionaux ou, dans le cas de l'Europe, à travers sa section régionale.

### Introduction et contexte

Au cours de la deuxième moitié du siècle dernier, le concept de famille s'est profondément transformé dans de nombreux pays. Cela est en partie dû aux avancées des méthodes scientifiques et techniques qui permettent de fonder une famille. Depuis le premier enfant né d'une fécondation in vitro en 1977<sup>1</sup>, les connaissances scientifiques et les capacités techniques de la médecine ont continué à progresser, facilitant le recours à la procréation médicalement assistée (PMA) pour constituer une famille. Cependant, certaines avancées dans ce domaine ont soulevé des questions et des défis éthiques, juridiques et moraux importants. Ces dix dernières années, la procréation assistée a enregistré de rapides progrès dans plusieurs domaines et notamment dans deux d'entre eux : la gestation pour autrui (GPA) est devenue une méthode alternative pour former une famille et les manipulations génétiques ont conduit à l'avènement de la thérapie de remplacement mitochondrial, qui permet de prévenir la naissance d'enfants avec des maladies génétiques héréditaires dues à des mutations mitochondriales.<sup>2</sup>

Le recours à la thérapie de remplacement mitochondrial en est encore à ses premiers stades, le Royaume-Uni étant le premier État au monde à l'avoir légalement autorisée dans le cadre d'une PMA, ce qui signifie qu'un enfant peut aujourd'hui naître avec l'ADN de trois parents génétiques.<sup>3</sup> Il reste à voir si d'autres États vont suivre et légiférer pour autoriser les manipulations génétiques dans un tel contexte.<sup>4</sup>

D'autre part, au cours de la dernière décennie,

le recours à la GPA comme méthode alternative pour former une famille s'est largement répandu. L'augmentation des GPA a été la plus visible dans le contexte transfrontalier, avec le développement des GPA internationales pour répondre à de multiples demandes. Des marchés de la GPA ont été créés dans de nombreux États, afin que l'offre de GPA suive la demande. Plutôt que d'être purement altruistes, les contrats de GPA dans le contexte transfrontalier comportent souvent un élément commercial. Ceux qui cherchent à avoir un enfant via une GPA remettent de l'argent à ceux qui, impliqués dans le contrat, peuvent fournir un enfant par ce moyen. Par conséquent, il est plus juste de parler de « GPA commerciale internationale » (GPACI) dès lors qu'une GPA s'inscrit dans un tel contexte à l'échelle internationale.

La pratique de la GPACI soulève d'importants problèmes juridiques, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme et en particulier pour les enfants nés par ce moyen. Ces problèmes juridiques posent des difficultés à ceux qui prennent des décisions judiciaires dans les affaires individuelles de GPACI, ainsi qu'aux législateurs et décideurs politiques nationaux et internationaux. Le présent article offre un éclairage sur les nouvelles pratiques de la GPACI, en mettant l'accent sur deux aspects : les effets de la GPACI sur les droits des enfants inscrits dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)<sup>5</sup> et le rôle important que peuvent et devraient jouer les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille dans ce nouveau champ de pratiques nationales et internationales du droit de la famille.

Le développement de la GPACI en tant que nouvelle méthode pour fonder une famille

La pratique de la GPACI implique qu'une ou des personnes dans un État (les « parents commanditaires ») passent un contrat qui stipule qu'un enfant naîtra dans un autre État via une GPA. Les parents commanditaires s'attendent à ce que l'enfant, une fois né, leur soit remis. De nombreux scénarios différents peuvent se dessiner en fonction de la nature du contrat de GPA et de facteurs comme : les États impliqués et leurs positions juridiques vis-à-vis

1. Louise Brown, 'Louise Brown on 40 Years of IVF: I was the world's first IVF baby, this is my story', Independent, 25 juillet 2018, article en anglais disponible à l'adresse : <https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/ivf-baby-louise-brown-story-test-tube-world-first-40th-anniversary-a8455956.html>.

2. Pour plus d'informations, voir : Mina Alikani et al, 'First birth following spindle transfer for mitochondrial replacement therapy: hope and trepidation', Reproductive Biomedicine Online, 34(4) avril 2017, p. 333-336, disponible (en anglais) à l'adresse : [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(17\)30078-0/fulltext](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(17)30078-0/fulltext).

3. The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 (UK).

4. Pour aller plus loin, voir : <http://www.sciencemag.org/news/2018/06/singapore-could-become-second-country-legalize-mitochondrial-replacement-therapy>.

5. Assemblée Générale des Nations Unies, Convention des Droits de l'Enfant, 20 novembre 1989, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1577, p. 3.

de la GPA (en particulier l'État d'origine des parents commanditaires et l'État dans lequel naît l'enfant) ; si un don de gamètes est utilisé ; si aucun, un ou les deux parents commanditaires ont un lien génétique avec l'enfant né à la suite d'une GPA ; et si la GPA elle-même est une GPA traditionnelle ou gestationnelle.<sup>6</sup>

La GPACI est devenue un nouveau moyen de fonder une famille en réponse à un certain nombre de paramètres. Les plus importants sont :

- l'évolution des modes de vie : les individus attendent davantage avant d'avoir des enfants dans de nombreux pays développés;<sup>7</sup>
- Une tendance à la baisse des taux de fécondité dans de nombreux pays;<sup>8</sup>
- une diminution du nombre d'enfants en attente d'adoption internationale, en raison de l'application du principe de subsidiarité, auquel il faut ajouter les effets d'autres facteurs;<sup>9</sup>
- des politiques et des lois restrictives encadrant la pratique de la GPA au niveau national dans de nombreux pays, limitant ou interdisant la GPA.<sup>10</sup>

Ces paramètres ont contribué au recours à la GPACI comme méthode de fondation de la famille. Ils ont aussi été stimulés par trois importantes réalités :

- la mondialisation et le fait que le monde est de plus en plus interconnecté a facilité l'accès transfrontalier à la technique de la PMA ;
- de nombreux États n'ont pas de politiques et de lois claires encadrant la pratique de la GPA (en d'autres termes, le développement de la GPACI a tiré avantage de zones juridiques « grises ») ;
- le droit international n'encadre pas la pratique de la GPACI et il n'existe pas d'accord international dans ce domaine.

À ce jour, il n'existe pas de statistiques officielles sur le nombre d'enfants nés à la suite d'une GPACI. Cependant, ces dix dernières années, alors que la pratique légale de la GPA commerciale dans quelques États des États-Unis s'est maintenue (et répond désormais à la demande internationale), la pratique de la GPACI a connu un essor considérable. Cette dernière s'est centrée sur un certain nombre d'États du Sud, où elle s'est fortement développée. Depuis, certains parlements ont adopté des lois pour rendre cette pratique illégale (comme en Thaïlande)<sup>11</sup> ou bien des gouvernements ont pris des mesures pour la limiter (par exemple, en Inde).<sup>12</sup> Dans d'autres pays, la pratique continue avec une intervention limitée de l'État pour l'encadrer (comme au Cambodge)<sup>13</sup>, ou au sein d'un cadre législatif (par exemple, en Géorgie et en Ukraine).<sup>14</sup> Du côté de la « demande », quelques États ont ces dix dernières années renforcé leurs positions juridiques en ce qui concerne la GPA pour interdire la GPA commerciale et conférer à cette interdiction un effet extraterritorial (comme dans quelques États d'Australie).<sup>15</sup> D'autres États appliquent leurs propres lois pour indiquer clairement que la GPACI n'est pas une pratique tolérée, quelle que soient les circonstances, y compris quand elle est entreprise par leurs propres citoyens.<sup>16</sup>

Étant donné que certains États où la GPACI s'est développée ont depuis pris des mesures pour l'éliminer à l'intérieur de leurs frontières, le marché mondial de la GPACI s'est avéré un moyen flexible et opportuniste de répondre à la demande. L'offre de GPACI a fait irruption dans de nouveaux endroits pour satisfaire la demande mondiale, soutenue par des entreprises et des intermédiaires qui se sont développés en même temps que la pratique. C'est ainsi que la GPACI est apparue au Népal à la suite de l'imposition de restrictions en Inde, et que l'offre s'est agrandie au Cambodge et au Laos quand la Thaïlande a érigé la GPACI en infraction pénale. Aujourd'hui, la pratique de GPACI serait en augmentation dans certains pays africains<sup>17</sup>, et bien qu'ils semblent toujours non concernés par cette pratique à ce jour, les États des îles du Pacifique Sud sont une région potentielle où la GPACI pourrait se développer dans l'avenir.

6. La différence étant que, dans la GPA traditionnelle, la mère porteuse est elle-même génétiquement liée à l'enfant, tandis que dans la GPA gestationnelle, la mère porteuse ne partage pas de lien génétique avec l'enfant.

7. Voir, par exemple : Gretchen Livingston, 'They're Waiting Longer, but U.S. Women Today More Likely to Have Children Than a Decade Ago', Pew Research Center – Social and Demographic Trends, 18 janvier 2018, disponible (en anglais) à l'adresse : <http://www.pewsocialtrends.org/2018/01/18/theyre-waiting-longer-but-u-s-women-today-more-likely-to-have-children-than-a-decade-ago/>.

8. Max Roser, 'Fertility Rate', Our World in Data, 2017, disponible (en anglais) à l'adresse : <https://ourworldindata.org/fertility-rate>.

9. Voir, pour la discussion, Jean-François Mignot, 'Why is intercountry adoption declining worldwide?', Population and Societies, N° 519, février 2015, disponible (en anglais) à l'adresse : [https://www.researchgate.net/publication/283084883\\_Why\\_is\\_intercountry\\_adoption\\_declining\\_worldwide](https://www.researchgate.net/publication/283084883_Why_is_intercountry_adoption_declining_worldwide).

10. Par exemple, en Nouvelle-Zélande, où la GPA commerciale est interdite et pénalisée. Voir : s.14(3), Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (loi de 2004 concernant les techniques de procréation assistée). En application de l'article 14 de la loi, la GPA altruiste est légale. Cependant, dans la pratique, elle est difficile à entreprendre, étant donné le nombre limité de femmes souhaitant agir en tant que mères porteuses.

11. Voir : Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act 2015 (loi de 2015 relative à la protection des enfants nés des techniques de procréation assistée, Thaïlande).

Les droits de l'enfant sont en jeu dans la GPACI

La GPACI a créé une myriade de défis parce que sa nature même est sans précédent, fonctionnant au-delà des frontières, impliquant des États qui prennent des positions politiques et juridiques contradictoires sur la question, et des centres de PMA. Cependant, les défis les plus importants qui apparaissent avec la GPACI sont sans doute ceux qui touchent aux dimensions éthiques et des droits de l'homme, et qui interfèrent avec la loi (ou l'absence de loi). Bien que la GPACI soulève des défis importants par rapport aux droits des femmes agissant en tant que mères porteuses<sup>18</sup>, ces dimensions sont plus visibles quand on considère la situation des enfants conçus et nés via une GPACI. Contrairement à l'adoption internationale – qui repose sur une intervention des services de la protection de l'enfance, pour protéger et promouvoir les droits des enfants existants – les enfants dans la GPACI sont des individus qui viendront au monde par l'intermédiaire de mesures et de décisions prises par les parents commanditaires et d'autres personnes. Parmi les personnes impliquées dans la GPACI, les enfants sont le plus exposés à la violation des droits, car dans leurs premières années, ils sont totalement incapables de protéger eux-mêmes leurs droits et sont aussi soumis aux actions et décisions des autres, à savoir les adultes qui sont parties aux contrats de GPACI (les parents commanditaires, les mères porteuses et les intermédiaires de la GPA).

Malheureusement, il est clair que les adultes qui sont parties aux contrats de GPACI ne tiennent pas toujours compte des droits de l'enfant à venir quand ils prennent des décisions et agissent dans le cadre de ces contrats. Plusieurs étapes du contrat de GPACI sont concernées : la préconception de l'enfant, avant et après sa naissance<sup>19</sup>. Si l'on ajoute à cela le fait que la GPACI opère dans les zones « grises » du droit, et utilise des moyens pour détourner les restrictions légales nationales, il en résulte que les droits et l'intérêt supérieur des enfants ne sont pas protégés et peuvent être enfreints. Parmi les droits des enfants, certains sont particulièrement en danger dans la GPACI, comme on pu le montrer les affaires de GPACI qui ont

été portées devant des tribunaux nationaux et régionaux des droits de l'homme<sup>20</sup>. Il s'agit des droits de l'enfant inscrits dans la CDE à :

- préserver son identité<sup>21</sup> (particulièrement menacé quand des gamètes anonymes sont utilisés dans les contrats de GPACI, ce qui signifie que l'enfant ne sera jamais capable de préserver l'élément génétique de son identité);
- acquérir une nationalité<sup>22</sup> (dans de nombreux cas, les enfants sont devenus apatrides suite à leur naissance via une GPACI, parce qu'ils ne bénéficiaient ni de la nationalité de leur pays de naissance, ni de celle de l'État d'origine du(es) parent(s) commanditaire(s);
- être protégé contre toutes formes de discrimination<sup>23</sup> (par exemple, les enfants nés d'une GPACI font parfois l'objet de discrimination dans les prises de décisions officielles à cause de leur statut de naissance);
- connaître ses parents et être élevé par eux dans la mesure du possible<sup>24</sup> (rendu fragile en raison des difficultés souvent rencontrées dans la reconnaissance de la filiation juridique des enfants nés à la suite d'une GPACI).

Par ailleurs, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>25</sup> et l'interdiction jus cogens de la vente d'enfants<sup>26</sup> ne sont pas toujours appliqués dans la pratique de la GPACI. En effet, les enfants sont sans doute marchandisés à travers la pratique de la GPACI, et la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants a déclaré que « la gestation pour autrui commerciale, telle qu'elle est actuellement pratiquée, relève de la vente d'enfant telle que définie par le droit international des droits de l'homme ».<sup>27</sup>

L'absence persistante de consensus sur la GPA commerciale internationale

Les défis que pose la GPACI en ce qui concerne les droits des enfants et plus largement les droits de l'homme sont exacerbés par l'absence persistante de consensus international sur cette pratique. Cette dernière est due à la diversité des positions des États sur la GPACI et la

12. Le projet de loi sur la (réglementation de la) GPA de 2016 est le dernier projet de loi sur la GPA en Inde. Bien que d'autres mesures aient déjà restreint la GPACI en Inde, si le projet est adopté, la loi aura pour effet d'interdire la GPA commerciale en Inde.

13. Le gouvernement cambodgien a préparé un projet de loi sur la GPA. Pour plus d'informations, voir : <https://www.phnompenhpost.com/national/long-awaited-surrogacy-draft-law-finalised>.

14. Art.143 ; 144 Loi sur la Santé (Géorgie), pour plus d'informations sur la GPA en Géorgie, voir : le [xx]-[xxx] rapport de pays du Rapporteur spécial sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants ; Art.123, Code de la famille d'Ukraine. Pour plus d'informations sur la GPA en Ukraine, voir : <https://www.bbc.com/news/world-europe-42845602>.

15. Loi, Nouvelle-Galles du Sud et Queensland.

16. Par exemple, cela a été clair en Italie, comme on l'a vu à la Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Paradiso Campanelli c. Italie*, Arrêt de la Grande Chambre, Requête n° 25358/12, 24 janvier 2017.

17. Lucy Johnston et Ned Kelly, 'Parents risk legal status of children' *Desperate British couples go abroad for surrogacy*, *The Express*, 26 août 2018, disponible (en anglais) à l'adresse : <https://www.express.co.uk/news/world/1008550/risk-of-foreign-surrogate-births-exposed>.

18. Voir pour aller plus loin, par exemple Amrita Pande, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, 2014 (en anglais).

19. Pour poursuivre la discussion, voir : Claire Achmad, 'Unconceived, Unborn, Uncertain: Is pre-birth protection necessary in International Commercial Surrogacy for children to

GPA plus généralement. Les États ont tendance à se répartir dans l'une des quatre catégories suivantes :

- Permettre la GPA commerciale (soit la pratique de la GPA commerciale est explicitement prescrite par le droit national, soit le droit national ne traite pas de la GPA);<sup>28</sup>

- Interdire la GPA commerciale (la GPA commerciale est illégale au sein des frontières nationales et, dans certains États, cette interdiction a un effet extraterritorial)<sup>29</sup>;

- Être indifférent à la GPA commerciale (pas de loi nationale à ce sujet ou de politique encadrant la GPA);<sup>30</sup>

- Autoriser la GPA sous certaines conditions prévues par la loi ou la réglementation (sur une base altruiste ou avec un aspect commercial limité);<sup>31</sup>

- Réfléchir activement à la position nationale sur la GPA (y compris être en train de rédiger une loi pour régir la GPA, en vue de l'autoriser, de l'interdire ou d'adopter une approche hybride).<sup>32</sup>

L'absence de consensus international sur la GPACI, et le fait que de nombreux États sont opposés à la GPACI sur la base de considérations éthiques et morales,<sup>33</sup> signifie qu'aboutir à un accord international à propos de cette pratique – incluant le projet d'une convention internationale régissant la GPACI – sera difficile. Cependant, un grand nombre d'initiatives sont en cours à l'échelle internationale pour remédier à ce manque d'accord sur la GPACI. Un groupe international d'experts constitué par la Conférence de la Haye de droit international privé a, depuis 2015, exploré la faisabilité de faire progresser les travaux sur les questions de droit international privé concernant le statut des enfants<sup>34</sup>, et notamment celles soulevées par la GPA internationale. Le Service social international (SSI) travaille aussi activement sur le sujet en mettant l'accent sur la promotion et la protection des droits des enfants dans le contexte de la GPA internationale. Le SSI a réuni des experts du monde entier, avec les-

quels il travaille pour arrêter des principes en vue de protéger les droits des enfants dans ce contexte.<sup>35</sup> Dans le cadre de cette initiative, un groupe multidisciplinaire plus large d'experts (représentant toutes les régions du monde) et des institutions clés concernant les enfants à l'échelle internationale ont contribué à l'élaboration du projet de principes.<sup>36</sup> La Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants a fourni des éléments supplémentaires sur la GPACI à l'échelle internationale, en se focalisant sur cette pratique dans le cadre de ses visites de pays et de ses recommandations au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Ces recommandations comprennent une partie sur la « gestation pour autrui et la vente d'enfants », dans laquelle elle formule des recommandations plus larges sur la pratique de la GPACI par rapport à la promotion et à la protection des droits des enfants.<sup>37</sup>

Le rôle des tribunaux, des juges et des magistrats de la famille pour faire respecter les droits des enfants dans les affaires de GPACI

Étant donné que la GPACI n'est toujours pas réglementée et régie à l'échelle internationale, et en raison de l'application de lois nationales contradictoires, les contrats de GPACI arrivent souvent devant les tribunaux nationaux, les juges et les magistrats de la famille. Cela signifie que ces derniers peuvent être appelés à prendre des décisions en lien avec des contextes sur lesquels ils savent peu de chose, et dans des situations où les informations manquent considérablement.<sup>38</sup> Les affaires de ce type concernent le plus souvent des demandes de filiation juridique ou d'adoption dans le cadre d'une GPACI, afin de régulariser la relation entre l'enfant et les parents commanditaires.

Cependant, ces affaires soulèvent souvent des questions plus larges se rapportant à la légalité et à l'éthique des contrats de GPACI. Quand ils se prononcent sur des affaires de GPACI, les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille doivent être au fait du contexte dans lequel les enfants se présentent devant eux, suite à leur naissance via une GPACI. Cela exige de se tenir informé du droit et des politiques nationales encadrant la GPA dans l'État d'origine de

exercice and enjoy their rights post-birth?', Chapter Six in Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective, 2018, disponible (en anglais) à l'adresse : <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/63088>.

20. Voir par exemple : Jan Balaz v. Anand Municipality and 6 ors, AIR 2010 Guj 21, Haute Cour du Gujarat, 11 novembre 2009 (Inde) ; Baby Manji Yamada vs. Union of India & ANR, [2008] INSC 1656 (29 septembre 2008) (Inde) ; Ellison and Anor & Karnchanit [2012] FamCA 602 (Australie) ; Paradiso Campanelli c. Italie, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt de la Grande Chambre, Requête n° 25358/12, 24 janvier 2017 ; Mennesson c. France, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt de la Chambre, Requête n° 65192/11, 26 juin 2014.

21. Art. 8(1) CDE.

22. Art. 7(1) CDE.

23. Art. 2(1) CDE

24. Art 7(1) CDE.

25. Art. 3(1) CDE.

26. Art. 1, Protocole facultatif à la CDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 25 mai 2000, entré en vigueur le 18 Janvier 2002 ; et art. 35 CDE.

27. Voir Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, Etude sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants, A/HRC/37/60, 15 janvier 2018, art. 41, disponible à l'adresse : [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/37/60](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/60). La Rapporteuse

l'enfant ou l'État de résidence des parents commanditaires, ainsi que de la situation actuelle mondiale concernant la pratique de la GPACI. Cela signifie aussi que les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille devraient adopter une vue d'ensemble et exiger que toutes les informations pertinentes soient présentées devant les tribunaux pour étayer la prise de décision. Ces informations devraient inclure, entre autres : des éléments de preuve vérifiables du consentement éclairé des mères porteuses à être liées par les contrats de GPACI et à renoncer à leurs droits parentaux ; des informations concernant les origines génétiques de l'enfant, y compris en cas de dons de gamètes ; des informations relatives aux conditions de naissance de l'enfant ; et des renseignements concernant les démarches éventuelles effectuées par le(s) parent(s) commanditaire(s) pour faire respecter le droit intégral de l'enfant à la préservation de son identité.

Étant donné les éléments d'information cités ci-dessus, les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille jouent aussi un rôle important car ils peuvent contribuer directement à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'article 8 de la CDE. En prenant des décisions et en prononçant des jugements qui mettent par écrit ces informations et qui abordent explicitement l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de la CDE, les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille peuvent fournir des renseignements importants aux enfants nés d'une GPACI qu'ils seront en mesure de lire et d'appréhender plus tard dans leur vie. Ces décisions et ces jugements peuvent servir à appuyer le droit de l'enfant à préserver son identité, et peuvent aussi fournir une source de « vérité » officielle sur une période de la vie de l'enfant pendant laquelle des mesures et des décisions cruciales le concernant ont été prises.

**Conclusion :** appliquer dans la pratique la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant pour protéger les enfants nés à la suite d'une GPACI

La GPACI est une pratique qui continue de soulever des défis dans le domaine du droit de la famille à l'échelle internationale et nation-

le. Elle pose des défis importants en termes de droits de l'homme, en particulier en ce qui concerne les mères porteuses et les enfants conçus et nés de cette manière. Alors qu'aucun consensus ou accord international n'existe pour encadrer la GPACI, cette pratique se poursuit. Il est crucial que les droits de l'homme soient protégés dans la GPACI. C'est dans cette optique que l'auteure a présenté ailleurs un ensemble complet de recommandations pour la protection des droits de l'enfant dans la GPACI en appliquant la CRC. Cet ensemble peut être utilisé comme un outil par ceux qui travaillent dans ce domaine et qui sont impliqués dans la GPACI.<sup>40</sup> Les tribunaux, les juges et les magistrats de la famille peuvent et devraient jouer un rôle essentiel pour protéger les droits des enfants dans la GPACI. Ils sont dans une position de force pour empêcher la vente d'enfants dans ce contexte, et faire en sorte que lorsque la GPACI est pratiquée, des mesures intentionnelles soient prises pour protéger et faire respecter les droits des enfants et leurs intérêts supérieurs.

Claire Achmad est une spécialiste des politiques et des droits de l'enfant. Elle est titulaire d'un doctorat de l'université de Leyde. L'intitulé de sa thèse de doctorat est « Les droits des enfants dans la gestation pour autrui commerciale internationale » (2018). Elle est membre du groupe d'experts réunis par le Service social international (SSI) pour l'élaboration de principes en vue d'une meilleure protection des enfants dans la GPA internationale, et elle a conseillé la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants sur les sujets se rapportant à la GPA internationale. Mme Achmad a été admise à la Haute Cour de Nouvelle Zélande en tant qu'avocate et conseillère juridique, et elle est actuellement directrice générale du plaidoyer à Barnados, défendant les droits des enfants et leur bien-être, à Wellington, en Nouvelle-Zélande.

spéciale note ensuite que « la gestation pour autrui commerciale n'est pas considérée comme une vente d'enfant lorsqu'elle est soumise à une réglementation stricte qui est conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, ce qui n'est pas le cas de nombreux régimes de gestation pour autrui commerciale ».

28. Par exemple : Ukraine, Géorgie, État de Californie (Etats-Unis d'Amérique).

29. Par exemple : Nouvelle-Zélande, État de Nouvelle-Galles du Sud (Australie).

30. Par exemple : Laos, Kenya.

31. Par exemple : Israël, Afrique du Sud.

32. Par exemple : Cambodge.

33. Par exemple, de nombreux États européens, y compris la France et l'Italie.

34. Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé, Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil (24-26 mars 2015), voir [5] ; Rapports du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution disponibles à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2011-2015>.

35. Service social international, Appel à l'action de 2016 : Nécessité urgente de réglementer la maternité de substitution à caractère international et les techniques de reproduction artificielle, janvier 2016, disponible à l'adresse : [http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call\\_for\\_Action2016\\_FRA.pdf](http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016_FRA.pdf).

36. Voir : <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news/286-international-experts-meeting-in-zurich-to-protect-the-rights-of-surrogate-born-children>.

## 2.1.2. La filiation des enfants nés du recours à la gestation pour autrui au Canada et au Québec?

Michelle GIROUX – Canada



Les enjeux entourant la gestation pour autrui (GPA) sont complexes. Le recours à cette pratique existe, peu importe la rigidité des règles en place. C'est ce qui a pu être constaté dans un rapport de recherche pluridisciplinaire et internationale publié en 2017, qui a cherché à savoir comment le droit se met en acte concrètement dans ces situations familiales<sup>41</sup>. Dans les lignes qui suivent, l'encadrement de la GPA au Canada et plus spécifiquement l'établissement de la filiation au Québec d'un enfant conçu à l'aide d'une « mère porteuse », traités abondamment dans ce rapport, seront brièvement abordés.

Dans la fédération canadienne, la GPA est encadrée tant par le législateur fédéral que provincial. Le fédéral a compétence en matière de droit criminel et la Loi sur la procréation assistée, adoptée en 2004, régit le cadre juridique dans lequel elle doit s'exercer afin de demeurer dans la légalité<sup>42</sup>. Le fait pour une femme d'agir à titre de « mère porteuse » n'est pas condamné, mais simplement encadré. Les ententes doivent être conclues sur une base altruiste; seule la GPA commerciale est condamnée. La loi fédérale fixe aussi l'âge minimal de la mère porteuse à vingt et un ans et criminalise les activités des intermédiaires. Le remboursement

de certaines dépenses associées au fait d'agir à titre de « mère porteuse » est prévu à l'article 12 de la loi fédérale, quoiqu'un règlement fédéral sur cet enjeu se fait toujours attendre. Les relations familiales et la filiation relevant des provinces ou territoires, le droit sur ces matières varie d'une juridiction à l'autre. De plus, le droit civil d'inspiration française régit le droit privé au Québec, alors qu'ailleurs au pays, c'est plutôt la common law de tradition britannique qui trouve application.

Quelques provinces ont légiféré sur la GPA: Terre-Neuve<sup>44</sup>, la Nouvelle-Écosse<sup>45</sup>, l'Alberta<sup>46</sup>, la Colombie-Britannique<sup>47</sup> et très récemment l'Ontario<sup>48</sup>. Dans les provinces n'ayant pas légiféré (en Ontario jusqu'à récemment, en Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick), des déclarations de parenté ont été émises par le tribunal au nom de l'intérêt de l'enfant à l'égard de parents d'intention.

Au Québec, l'article 541 du Code civil prévoit la nullité des conventions de GPA, peu importe le type envisagé (gestationnelle ou traditionnelle). Cette solution, adoptée en 1994, s'imposait au nom de l'ordre public, plus précisément à la lumière du principe de non-commercialisation du corps humain, de l'indisponibilité de l'état des personnes, de même que pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant in abstracto.

Malgré la nullité des conventions de GPA, pour réaliser un désir d'enfant, le recours aux mères porteuses existe et se pose alors la question de la filiation de l'enfant ainsi conçu. Le mécanisme de l'adoption, non interdit, est surtout utilisé et dans une moindre mesure, la transcription de l'acte de l'état civil étranger. L'adoption est le mécanisme le plus souvent retenu pour déterminer la filiation de l'enfant, tant pour les GPA effectuées au Québec, que pour celles réalisées à l'étranger. Mais au contraire de la situation prévalant en France où les GPA sont toujours faites à l'étranger et où l'usage de l'insertion dans le registre de l'acte de l'état civil étranger constitue le mécanisme le plus usuel pour établir la filiation de l'enfant<sup>49</sup>, on retrouve au Québec une seule décision ordonnant l'insertion au registre de l'état civil québécois<sup>50</sup>.

Michelle Giroux est professeure titulaire à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa au Canada. Elle est membre du Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant (LRIDE) et du Centre de droit, politique et éthique de la santé (CDPES) de cette université.

37. *Supra*, n.27.

38. Par exemple, le manque d'information à propos des circonstances de la naissance de l'enfant, ou des origines génétiques de l'enfant.

39. Pour une discussion plus approfondie sur des « jugements qui prennent en compte les droits de l'enfant », voir de manière générale : Helen Stalford, Kathryn Hollingsworth and Stephen Gilmore, *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice*, 2017.

40. Claire Achmad, 'Framework of recommendations for promoting and protecting the rights of children in International Commercial Surrogacy (Proposed for use as a framework for a General Comment of the United Nations Committee on the Rights of the Child)' au chapitre 11 de *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, disponible (en anglais) à l'adresse : <https://open-access.leidenuniv.nl/handle/1887/63088>.

41. Cette étude a permis de dresser des parallèles intéressants sur le plan du droit comparé des pays étudiés (Canada, France, Belgique et Espagne), de même que sur les représentations sociales des familles, des avocates et des juges par la réalisation de 70 entretiens, en France et au Québec. Pour plus de détails, voir Laurence Brunet, Jérôme Courduriès, Michelle Giroux et Martine Gross, *Le recours transnational à la reproduc-*

Quant à l'adoption, deux courants jurisprudentiels coexistent au Québec sur la question de permettre ou non l'adoption par consentement spécial de l'enfant du conjoint ayant déclaré sa filiation auprès du directeur de l'état civil et de la femme porteuse<sup>51</sup>. Deux décisions de la Cour d'appel ont confirmé qu'en cas d'exécution volontaire de la convention de GPA, l'adoption, bien que constituant la « solution la moins insatisfaisante », devait être prononcée, et ce malgré la nullité de l'entente, au nom de l'intérêt de l'enfant in concreto<sup>52</sup>.

Ces décisions de la Cour d'appel montrent un certain repli de l'ordre public, sans pour autant régler complètement les hésitations à l'égard de l'adoption pour établir la filiation des enfants conçus à l'aide d'une GPA. En effet, en mars 2018, une décision de première instance remettait de nouveau les enseignements de la Cour d'appel en question et refusait de prononcer l'adoption à l'égard de jumeaux conçus à l'aide d'une mère porteuse américaine, remis aux parents d'intention à la naissance, mais pour laquelle la mère porteuse refuse de consentir à l'adoption, car des sommes d'argent lui seraient encore dus par les parents d'intention pour les services rendus<sup>53</sup>.

Cette hésitation de la jurisprudence montre bien qu'une réforme du droit s'impose. Les juges rencontrés dans le cadre de l'étude mentionnée plus haut, tant en France qu'au Québec, sont assez unanimes à ce sujet et demandent au législateur d'intervenir car ils se sentent pris entre l'ordre public contractuel et l'intérêt de l'enfant.

Mais comment réformer le droit ? L'analyse du droit comparé montre une grande diversité des modèles législatifs proposés : on peut réglementer la GPA, l'interdire (avec ou sans l'usage du droit criminel) ou l'ignorer<sup>54</sup>. Une chose est certaine : on ne peut plus ignorer le phénomène et un débat s'impose au Québec afin d'identifier le modèle le plus approprié. Plusieurs questions devront faire partie de ce débat. Qu'est-ce qu'un parent ? Est-ce que l'accouchement détermine encore aujourd'hui la maternité<sup>55</sup> ? La GPA est-elle devenue une autre façon de faire un enfant ? Si c'est le cas, doit-on la

reconnaître comme une autre méthode de procréation assistée et permettre une déclaration directe à l'état civil de la filiation des parents d'intention à l'égard de l'enfant et ainsi éviter le recours à l'adoption<sup>56</sup> ? La GPA transnationale doit-elle recevoir le même traitement que celle effectuée en sol québécois ou canadien ? Dans ce contexte, quel est le mécanisme approprié : l'adoption ou la reconnaissance de l'acte de naissance étranger ?

Bien qu'aucune proposition de modification législative émanant du gouvernement n'ait été déposée à ce jour, des propositions en faveur d'une réforme ont été formulées par des auteurs de doctrine<sup>57</sup>, des institutions<sup>58</sup> ainsi que par le Comité consultatif sur le droit de la famille. La question doit maintenant être portée en priorité à l'ordre du jour législatif québécois !

### 2.1.3 Les techniques de procréation médicalement assistée au Chili

Gabriela Ureta Roiron - Chili



Introduction

Les progrès scientifiques et techniques réalisés par Patrick Steptoe et Robert Edwards

tion assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale. RAPPORT FINAL, sous la responsabilité scientifique de Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIERS. Le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/14-20-Rapport-final-Novembre-2017.pdf>. L'étude a été financée par la Mission de recherche Droit & Justice, en France.

Gabriela Ureta Roiron est avocate, juge des enfants et de la famille (1990-2014), Gabriela Ureta Roiron a été présidente de l'Association des juges des enfants et de la famille au Chili, association membre du Conseil de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille.

42. L'article 6 de la loi fédérale, Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, chap. 2.

43. Un projet de règlement vient d'être publié, voir La Gazette du Canada, Partie I, volume 152, numéro 43 : Règlement sur le remboursement relatif à la procréation assistée. En ligne : <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-10-27/html/reg3-fra.html>. De plus, une consultation a eu lieu récemment sur cette loi, voir Vers une loi sur la procréation assistée renforcée, une consultation avec les Canadiens et les Canadiennes sur les principales propositions de politique, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/publications/medicaments-et-produits-sante/commentaires-vers-loi-procreation-assistee-renforcee.html>. De plus, la criminalisation de la procréation assistée est remise en question. Voir le Projet de loi C-404 – Loi modifiant la Loi sur la procréation assistée, déposé en première lecture le 29 mai 2018. Disponible en ligne : <http://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-404/premiere-lecture>. Ce projet émane d'un député. Il n'est donc

en 1978, avec la naissance du premier enfant né grâce à une fécondation in vitro (FIV) avec transfert embryonnaire dans l'utérus<sup>60</sup>, ont marqué le commencement de débats et de réflexions au sein de différents courants philosophiques, religieux, biologiques et, bien sûr, juridiques, sur les conséquences éthiques et juridiques de cette nouvelle méthode sur la société et en particulier sur les couples stériles qui, enfin, avaient accès à une solution de procréation jusque-là inaccessible.

À l'échelle internationale, l'Organisation mondiale de la Santé a progressivement incorporé le concept de « santé en matière de sexualité et de reproduction », un concept qui a été approuvé par la Conférence internationale sur la population et le développement qui s'est tenue en 1994 à Le Caire.

L'infertilité est considérée comme une maladie du système reproductif par l'OMS, ce qui pousse les États à assurer que des services sont accessibles et adéquats pour son traitement.

Depuis 1992, l'État chilien joue un rôle central en finançant des traitements de l'infertilité dans le cadre d'un accord conclu entre l'Université du Chili, le Service de santé métropolitain et l'Institut de recherche maternelle et infantile. Par la suite, il a conclu d'autres accords avec d'autres services qui intègrent les techniques de fécondation in vitro, d'injection intracytoplasmique de spermatozoïdes et la cryopréservation de gamètes et d'embryons.

En 2015, le ministère de la Santé a élaboré des lignes directrices cliniques pour le traitement de l'infertilité dans le cadre du Programme national de santé de la femme.

Deux possibilités existent dans le cas d'une fécondation in vitro : le transfert embryonnaire intra-utérin ou le transfert intratubaire de gamètes.

S'il est certain que les techniques mentionnées ci-dessus génèrent quelques problèmes pour lesquels il serait souhaitable d'avoir de plus grandes certitudes sur les plans éthique et juridique, en règle générale, la judiciarisation des

problèmes posés n'a pas été de grande ampleur. Dans cet article, nous aborderons l'expérience du Chili en la matière.

#### Les antécédents de l'expérience chilienne

Depuis 1984, date à laquelle est né le premier bébé par l'intermédiaire des techniques de procréation médicalement assistée (PMA) au Chili, l'utilisation de ces techniques a rapidement augmenté. Pour autant, les inégalités économiques empêchent les personnes à faibles revenus d'avoir accès à ces techniques, et d'autres difficultés s'ajoutent à cela, comme le grand centralisme du pays ou les barrières culturelles, puisque les informations ne sont pas accessibles à toutes et à tous.<sup>61</sup>

Un programme de PMA existe dans le cadre du Fonds national de la santé (FONASA) : il finance le diagnostic et les procédures de faible complexité, et apporte une aide pour les procédures complexes aux couples bénéficiaires du Système public de santé. Néanmoins, ce programme manque de moyens financiers et intègre des critères d'âge, entre autres, qui font que dans la pratique, la majorité des traitements doivent être payés par les couples eux-mêmes. Le système de santé privé ne couvre pas les procédures de PMA.

Selon les données de 2013 du Réseau latino-américain de procréation assistée, l'accès à la PMA est inférieur au Chili à celui des autres pays d'Amérique latine.

Ces traitements sont accessibles aux couples hétérosexuels, mais aussi aux personnes seules et aux couples de même sexe. Ces personnes ne sont pas prises en compte dans les statistiques et n'ont pas accès au réseau de santé publique.

Au Chili, depuis 1990, plus de 5500 enfants sont nés grâce à une PMA et, selon le ministère de la Santé, il existe environ 250 000 couples qui souffrent d'infertilité<sup>62</sup>.

De ce qui précède, on peut conclure que bien que l'accès des couples stériles aux techniques de procréation assistée ait connu des

pas prioritaire dans l'agenda législatif du gouvernement.

44. Vital Statistic Act, S.N.L. 2009, c. V-6.01.

45. Birth Registration Regulation, N.S. Reg 390/2007 (Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494).

46. Family Law Act, S.A. 2003, c. F-4.5.

47. Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25.

48. Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, des amendements y ont été apportés, notamment quant à la GPA par une loi récente, All Families Are Equal Act, S.O. 2016, c. 23.

49. Non sans problème; la question s'étant retrouvée devant la Cour européenne des droits de l'homme, la France ayant été condamnée, mais tout n'est pas encore résolue complètement, voir *Mennesson c. France*, Requête n° 65192/11, arrêt Strasbourg, 26 juin 2014 et *Labassee c. France*, (Requête no 65941/11, arrêt Strasbourg, 26 juin 2014.

50. L'insertion dans le registre est prévu à l'article 137 C.c.Q. Droit de la famille -- 151172, 2015 QCCS 2308. Dans cette décision, l'enfant né en Pennsylvanie, d'une femme porteuse américaine et de parents d'intention domiciliés au Québec, mais dont l'un d'eux est citoyen américain et réside au Canada, bénéficiait d'un certificat de naissance américain.

51. Voir Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *Revue du Barreau* 509; Michelle GIROUX, *Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée*, dans *JurisClasseur Québec - Coll. « Droit civil », Personnes et famille (N° 1)*, fasci. 30, Montréal, LexisNexis Canada, 2010 (mis à jour annuellement),

avancées, ces techniques étant désormais intégrées aux programmes de santé publique, les ajustements ont été insuffisants pour des raisons économiques, géographiques et sociales.

Au Chili, il n'existe pas à l'heure actuelle de procédures garantissant ou protégeant le droit d'accéder à ces techniques, même s'il existe des règlements dans ce domaine et des projets de loi en cours.

Nous pouvons mentionner les normes suivantes:

a) La résolution exemptée n° 1072 de 1985 du ministère de la Santé qui porte sur les normes en matière de fécondation in vitro et de transfert embryonnaire. En résumé, la résolution souligne que pour garantir le droit constitutionnel à la vie et à la protection de la vie de la personne à naître, prévu à l'article 19, paragraphe 1, de la Constitution politique de la République du Chili, et en raison du développement croissant des connaissances modernes dans le champ de la procréation et des nouvelles techniques pour surmonter l'infertilité qui touche certains couples, elle oriente les organismes concernés du ministère de la Santé à l'aide de normes minimales relatives aux risques, aux bénéfices et aux coûts de la fécondation in vitro avec transfert embryonnaire. La résolution souligne divers aspects éthiques et des éléments importants pour son application, ainsi que les risques et les coûts qui doivent être pris en considération, sans perdre de vue les priorités du ministère de la Santé en termes de soins. La résolution impose aux institutions qui mettent en œuvre les programmes de PMA de maintenir des registres et des observations cliniques avec des protocoles préétablis et modifiables, l'ensemble devant être à la disposition des autorités sanitaires et scientifiques.

b) La loi n° 19.585 de 1998 portant modification du Code civil (article 182) se réfère à la filiation d'un enfant conçu par l'intermédiaire de l'application des techniques de procréation assistée avec ou sans donneur. Elle dispose : « Le père et la mère de l'enfant conçu par l'intermédiaire de l'application des techniques de

procréation assistée sont l'homme et la femme qui y ont recours. La filiation déterminée conformément à la règle précédente ne pourra pas être contestée, et aucune autre filiation ne pourra être réclamée. »

Au Chili, l'article 182 du Code civil précédemment cité traite spécifiquement des thèmes d'insémination artificielle et de fécondation in vitro, mais pas de la gestation pour autrui, y compris commerciale. Par conséquent, sa portée est limitée. Par ailleurs, la situation n'est pas claire en ce qui concerne les embryons qui n'ont pas été utilisés avec l'autorisation appropriée de leurs propriétaires.

c) La loi n° 20.120 de 2006 relative à la recherche scientifique sur l'être humain et son génome, ainsi qu'à l'interdiction du clonage humain. Cette loi a pour finalité la protection de la vie des êtres humains – dès le moment de la conception – de leur intégrité physique et psychique, ainsi que de leur diversité et identité génétiques, en lien avec la recherche scientifique biomédicale et ses applications cliniques.

En résumé, la loi établit que la liberté de mener des activités de recherche scientifique biomédicale sur des êtres humains a comme limite le respect des droits et des libertés essentiels qui émanent de la nature humaine, reconnus tant par la Constitution politique du Chili que par les traités internationaux qu'il a ratifiés, garantissant la protection de la vie humaine dès la conception et interdisant le clonage et la destruction des embryons en vue d'obtenir des cellules souches.

Pour autant, la loi ne résout pas un problème inquiétant : le destin des embryons qui ne sont pas utilisés à des fins de fécondation in vitro, qui pourraient être utilisés cliniquement dans d'autres procédures scientifiques ou être jetés.

Le droit international applicable au Chili

Face au nombre limité de sources de droit positif en la matière, il convient de noter une décision intéressante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui constitue une jurisprudence importante sur la portée des droits

20 pages; Benoit MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, p. 859. Voir également Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 682 à 685.

52. Adoption 1445, 2014 QCCA 1162; Adoption – 161, 2016 QCCA 16. L'expression reprise par la Cour d'appel a été utilisée pour la première fois par Benoit Moore, id.

53. Adoption- 1873, 2018 QCCQ 1693.

54. Voir L. BRUNET (Lead), *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate-General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, May 2013, p. 378.

55. Voir entre autres Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, p. 65 et suiv.

56. Voir Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois? », dans C. LANDHEER-CIESLACK et L. LANGEVIN (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589.

57. Voir notamment Michelle GIROUX, « Les conventions de procréation ou de gestation pour autrui au Québec : entre solution jurisprudentielle et réforme du droit », dans V. Boillet, M. Roca i Escoda et E. de Luze (coord.), *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 125-142 ; Stefanie Carsley, « Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood » (2018) 96:1

relatifs à la liberté et à l'intégrité de la personne, ainsi qu'à la vie privée et familiale, en lien avec la fécondation in vitro, et qui mérite d'être mentionnée :

« 142. Aux termes de l'article 11 de la Convention américaine, l'État doit protéger les individus face aux actions arbitraires des institutions étatiques qui portent atteinte à la vie privée et familiale. L'article interdit toute ingérence arbitraire ou abusive dans la vie privée des personnes, et énonce différentes sphères de celle-ci, comme la vie privée de leurs familles. Dans ce contexte, la Cour a soutenu que le domaine de la vie privée se caractérise par le fait d'être libéré et à l'abri des ingérences ou attaques abusives ou arbitraires de la part de tiers ou de l'autorité publique. De plus, la Cour a interprété de façon large l'article 7 de la Convention américaine, en faisant observer que ce dernier inclut un concept étendu de liberté qui renvoie à la capacité de faire et de ne pas faire tout ce qui est légalement permis. En d'autres termes, il constitue le droit de toute personne d'organiser, conformément à la loi, sa vie individuelle et sociale en accord avec ses propres choix et convictions. La liberté, ainsi définie, est un droit de l'homme fondamental relevant des attributs mêmes de la personne, qui se reflète dans toute la Convention américaine. La Cour a également mis en exergue le concept de liberté et la possibilité de tout être humain à s'autodéterminer, à faire des choix libres et à sélectionner librement les circonstances qui donnent du sens à son existence, conformément à ses propres choix et convictions.

« 143. L'étendue de la protection du droit à la vie privée a été interprétée en termes amples par les tribunaux internationaux des droits de l'homme, en mettant en avant qu'elle dépasse le droit à la vie privée. La protection de la vie privée englobe une série de facteurs reliés à la dignité de l'individu, y compris, par exemple, la capacité à développer sa propre personnalité et ses aspirations, à déterminer sa propre identité et à définir ses propres relations personnelles. Le concept de vie privée comporte des aspects de l'identité physique et sociale, y compris le droit à l'autonomie personnelle, au développement personnel et le droit

d'établir et de développer des relations avec d'autres personnes et le monde extérieur. La capacité à exercer le droit à la vie privée est décisive pour permettre l'exercice de l'autonomie personnelle sur le cours futur des événements ayant trait à la qualité de vie de la personne. La vie privée inclut la façon dont l'individu se perçoit lui-même et comment il décide de se présenter aux autres ; elle est une condition indispensable pour le libre développement de la personnalité. De plus, la Cour a signalé que la maternité est un élément essentiel du libre développement de la personnalité des femmes. Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que la décision de devenir ou de ne pas devenir mère ou père fait partie du droit à la vie privée et inclut, dans la présente affaire, le choix de devenir mère ou père dans un sens génétique ou biologique.

« 144. La Cour considère que la présente affaire porte sur l'association particulière de différents aspects de la vie privée, qui sont liés au droit de fonder une famille, au droit à l'intégrité physique et mentale, et en particulier aux droits reproductifs de la personne.

«145. En premier lieu, le tribunal souligne que, contrairement à la Convention européenne des droits de l'homme, dont seul l'article 8 protège le droit à la vie familiale, la Convention américaine comporte deux articles qui protègent la vie familiale de façon complémentaire. À cet égard, la Cour réitère que l'article 11.2 de la Convention américaine est étroitement relié au droit énoncé à l'article 17 de celle-ci. L'article 17 de la Convention américaine reconnaît le rôle central de la famille et de la vie familiale dans l'existence d'une personne et de la société en général. La Cour a déjà indiqué que le droit à la protection de la famille comporte des obligations, comme celle de favoriser de la manière la plus complète le développement et le renforcement du noyau familial. Il s'agit d'un droit de la Convention américaine tellement fondamental qu'il ne peut être dérogé, même dans des circonstances exceptionnelles. L'article 17.2 de la Convention américaine protège le droit de fonder une famille, ce droit étant amplement consacré par divers instruments internationaux relatifs aux

Canadian Bar Review 121; L. LANGEVIN, «La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision Adoption – 1445 ; quelques lumières sur les zones d'ombres et les conséquences d'une solution la moins insatisfaisante», (2015) 49 R.J.T. 451 ; Mireille D.-CASTELLI, « L'évolution des fondements du droit de la filiation : dichotomie entre valorisation croissante du lien biologique et prééminence de la volonté », dans C. LANDHEER-CIESLAK et L. LANGEVIN (dir.), *id.*, aux pp. 107.

58. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Avis, Mères porteuses : réflexions sur des enjeux actuels, Québec, 2016 et Commissaire à la santé et au bien-être, Avis détaillé sur les activités de procréation assistée, 2014; COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, Avis détaillé sur les activités de procréation assistée, 2014.

59. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, A. ROY (prés.), Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015.

60. Zegers, Fernando. *Revista de Universidad de Chile. "Revista Médica Clínica Las Condes"*. 2010, 21(3) 469-478.

61. Velarde, Marisa, "Primer Informe Salud Sexual y Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile". Disponible (en espagnol) sur internet : <https://docplayer.es/53840079-Primer-informe-i-salud-sexual-salud-reproductiva-y-derechos-humanos-en-chile-iv-reproduccion-asistida.html> UDP 2016.

62. Velarde, *ibid.*

droits de l'homme. Pour sa part, le Comité des droits de l'homme a signalé que la possibilité de procréer fait partie du droit de fonder une famille.

« 146. En deuxième lieu, le droit à la vie privée est lié à i) l'autonomie reproductive et à ii) l'accès aux services de santé reproductive, ce qui implique le droit d'accéder à la technologie médicale nécessaire pour exercer ce droit. Le droit à l'autonomie reproductive est également reconnu à l'article 16 (e) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui établit que les femmes ont le droit "de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits". Ce droit est menacé quand les moyens qui permettent l'exercice, par les femmes, du droit de contrôler leur fécondité sont entravés. Dès lors, la protection de la vie privée inclut le respect du choix de devenir père ou mère, y compris le choix d'un couple de devenir des parents génétiques.

« 147. En troisième lieu, la Cour souligne qu'elle a analysé, dans le contexte du droit à l'intégrité personnelle, quelques situations particulièrement angoissantes et stressantes ayant une incidence sur les personnes, ainsi que d'autres effets graves liés à l'absence de soins médicaux ou de problèmes d'accès à certaines procédures médicales. (...)

« 148. La Cour a signalé que les États sont tenus de réglementer et de contrôler la fourniture des services de santé pour parvenir à une protection effective des droits à la vie et à l'intégrité personnelle. La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne constitue pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. (...)

« 149. (...) La santé reproductive implique (...) les droits de l'homme et de la femme à être informés, à choisir librement et à avoir accès à des méthodes de régulation des naissances qui soient sûres, efficaces, d'accès facile et acceptables.

« 150. Pour finir, l'exercice du droit à la vie privée et à la liberté reproductive dépend du droit d'accéder à la technologie médicale. Le droit de bénéficier du progrès scientifique a été reconnu internationalement et est visé, à l'échelle interaméricaine, à l'article XIII de la Déclaration américaine et à l'article 14.1 b) du Protocole de San Salvador. Il convient de souligner que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa déclaration sur ce droit, a mis en évidence le lien entre ce dernier et la satisfaction des besoins matériels et spirituels de tous les secteurs de la population. Par conséquent, et conformément à l'article 29 b) de la Convention américaine, la portée des droits à la vie privée, à l'autonomie reproductive et du droit de fonder une famille, qui dérivent des articles 11.2 et 17.2 de la Convention américaine, s'étend au droit de toute personne de bénéficier du progrès scientifique et de sa mise en application. Dérivent donc du droit d'accéder au progrès scientifique le plus abouti et le plus efficace, qui permet l'exercice de l'autonomie reproductive et la fondation d'une famille, le droit d'accéder aux meilleurs services de santé en matière de techniques de procréation assistée et, par conséquent, l'interdiction des restrictions disproportionnées et non nécessaires de jure ou de facto aux choix reproductifs effectués par chaque personne. »<sup>63</sup>

Sur la base de ce qui précède, la Cour a conclu que l'État du Costa Rica avait porté atteinte aux droits des requérants et a ordonné des mesures compensatoires et de réparation pour avoir interdit l'application de la procédure de FIV.

Il convient de mentionner les réflexions de la Cour sur quelques définitions cruciales. Citons à cet effet les considérants 176, 179 et 185 à 190 de la décision:

« 176. Dans la présente affaire, la Cour observe que le concept de "personne" est un terme juridique qui est analysé dans de nombreux systèmes juridiques des États parties. Cependant, aux fins de l'interprétation de l'article 4.1, la définition de "personne" est ancrée dans les mentions qui figurent dans le traité concernant la "conception" et l'"être humain", termes dont la portée doit être appréciée au re-

gard de la littérature scientifique.

« 179. Le tribunal fait noter que les éléments de preuve dans le dossier mettent en évidence comment la FIV a transformé la discussion sur la compréhension du phénomène de “conception”. En effet, la pratique de la FIV montre qu’un certain temps peut s’écouler entre l’union de l’ovule et du spermatozoïde et l’implantation. Pour cette raison, la définition de “conception” qu’avaient les rédacteurs de la Convention américaine a changé. Avant la pratique de la FIV, la possibilité de réaliser des fécondations hors du corps de la femme n’était pas scientifiquement envisagée.

« 185. (...) En ce qui concerne la controverse sur la question du commencement de la vie, la Cour considère qu’il s’agit d’une question appréciée de différentes façons selon les perspectives biologique, médicale, éthique, morale, philosophique et religieuse, et coïncide avec les tribunaux internationaux et nationaux sur le fait qu’il n’existe pas de définition consensuelle du commencement de la vie. Cependant, pour la Cour, il est clair qu’il existe des conceptions qui voient dans les ovules fécondés une vie humaine entière. Certaines de ces approches peuvent être associées à des conceptions qui confèrent des attributs métaphysiques aux embryons. Ces conceptions ne peuvent justifier que l’on donne la priorité à un certain type de littérature scientifique au moment d’interpréter la portée du droit à la vie consacré dans la Convention américaine, étant donné que cela impliquerait d’imposer un type de croyances spécifiques à des personnes qui ne la partagent pas.

« 186. Nonobstant ce qui précède, la Cour considère qu’il y a lieu d’établir, conformément à la Convention américaine, comment le terme de “conception” doit être interprété. À cet égard, la Cour souligne que les preuves scientifiques s’accordent à différencier deux moments complémentaires et essentiels au développement embryonnaire : la fécondation et l’implantation. Le tribunal observe que ce n’est que lorsque le deuxième moment se produit (c.-à-d. l’implantation) que se ferme le cycle permettant de comprendre que la con-

ception a eu lieu. Tenant compte des preuves scientifiques présentées par les parties dans la présente affaire, le tribunal constate que, même si, à la suite de la fécondation de l’ovule, [l’embryon] devient une cellule de nature différente et bénéficie de l’information génétique suffisante au développement possible d’un “être humain”, il est certain que si ledit embryon ne s’implante pas dans le corps de la femme, alors ses possibilités de développement sont nulles. Si un embryon ne peut s’implanter dans l’utérus, il ne peut se développer, puisqu’il ne reçoit pas les nutriments nécessaires et qu’il ne se trouve pas dans un environnement adéquat pour son développement (...).

« 187. Dans ce contexte, la Cour comprend que le terme “conception” ne peut correspondre qu’à un moment ou processus qui ne peut exclure le corps de la femme, étant donné que l’embryon ne présente aucune possibilité de survie si l’implantation n’a pas lieu. Pour preuve de ce qui précède, la grossesse ne peut être déterminée qu’une fois que l’ovule fécondée a été implantée dans l’utérus, grâce à la production de l’hormone chorionique gonadotrope qui n’est détectable que chez la femme qui porte l’embryon. Avant cela, il est impossible de déterminer si l’union entre l’ovule et un spermatozoïde a eu lieu à l’intérieur du corps de la femme et si cette union s’est rompue avant l’implantation. (...)

« 189. Tenant compte de ce qui précède, le tribunal entend le terme “conception” à partir du moment de l’implantation, raison pour laquelle il considère qu’il n’y a pas lieu d’appliquer l’article 4 de la Convention américaine avant cet événement. De même, l’expression “en général” permet d’envisager des exceptions à une règle, mais l’interprétation, selon le sens attribué, ne permet pas de préciser l’étendue de telles exceptions.

« 190. D’autre part, et ayant à l’esprit que l’article 4.1 est le sujet de la discussion de la présente affaire et qu’il l’a été dans les débats devant la Salle constitutionnelle, le tribunal estime qu’il est pertinent d’interpréter ledit article en utilisant les méthodes suivantes d’interprétation, à savoir l’interprétation systématique

63. Cour interaméricaine des droits de l’homme. « Artavilla Murillo et autres c. Costa Rica » (fécondation in vitro). Décision du 28 novembre 2012. Considérants 142 à 150.

que et historique, évolutive et téléologique. »

Gardant à l'esprit que le Chili est signataire de la Convention américaine des droits de l'homme, il y a lieu de conclure que les sources de droit international citées par la décision s'appliquent dans le pays, conformément à l'article 5 de la Constitution politique du Chili.

Parmi les sources de droit international applicables au Chili, il vaut la peine de mentionner : la Convention relative aux droits de l'enfant ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1996) ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1989).

d) Les projets de loi en instance d'examen

En 1993, un premier projet de loi qui prétendait réglementer les techniques de procréation assistée a été présenté, mais n'a pas abouti.

Actuellement, deux projets de loi sont discutés :

a) Le premier, émanant du Sénat de la République, souligne qu'il ne peut être fait commerce du patrimoine génétique et germinal de l'être humain.<sup>64</sup>

b) Le deuxième, présenté devant la Chambre des députés en janvier 2018, prétend réglementer la cryoconservation des embryons et établir des critères d'utilisation des embryons et des gamètes cryoconservés dans les techniques de procréation assistée pour tous les couples ou personnes seules intéressés. Cependant, ni ce projet ni d'autres présentés ultérieurement ne sont devenus des lois de la République.<sup>65</sup>

Jurisprudence

a) Exemple d'affaire de maternité contestée

Au sein des tribunaux de la famille du Chili, une seule affaire, en 2018, a porté sur une action en contestation de maternité et en réclamation de

filiation maternelle, engagée par Camila Chandra (26 ans) contre sa mère, Veronica Estete, et en faveur des jumelles Vera Astete.<sup>66</sup>

Il s'agit d'une affaire de gestation pour autrui dans laquelle la requérante, incapable de tomber enceinte en raison de la perte de son utérus à la suite d'une maladie, explique qu'elle et son compagnon ont décidé d'entamer une procédure de procréation assistée. La mère de la requérante a proposé de recevoir et de porter des embryons issus des ovules de la requérante et du sperme de son compagnon.

La grossesse de la mère porteuse a été menée à terme, venant au monde des jumelles. Cependant, le nom de la requérante n'a pu être inscrit au registre de l'état civil, étant donné qu'elle n'a pas accouché des jumelles. Ces dernières ont donc été enregistrées comme les filles de la grand-mère et mère porteuse, à savoir la mère de la requérante. Au bout d'un an, la requérante, qui a effectivement pris en charge les jumelles, a intenté avec son compagnon une action en réclamation de filiation maternelle, avec l'accord de la mère porteuse (c.-à-d., sa mère).

La juge a vérifié que l'ADN des jumelles correspondait bien aux parents d'intention et non à la (grand-)mère porteuse, et a donné suite à la demande en se basant sur l'article 182 du Code civil mentionné plus haut et sur les normes internationales. Dans sa décision, la juge a mentionné la Convention relative aux droits de l'enfant, invoquant les articles 7, 8.1 et 8.2, le droit à l'identité et à la connaissance de ses origines, et l'article 3 du Pacte de San José.

b) L'affaire des Chiliens arrêtés au Pérou

La discussion s'est de nouveau intensifiée suite à une affaire de gestation pour autrui relayée dans la presse.

L'affaire concerne des citoyens chiliens, Jorge Tovar et Rosario Madueño, qui ont été détenus, début septembre 2018, à la prison de Ancón II et à la prison du Callao, après avoir été arrêtés, le 25 août 2018, à l'aéroport international de Lima, pour le crime présumé de traite d'êtres

64. Sénat de la République, Chili, sénateur Guido Girardi. Voir sur internet : [http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDoc-to&idtocto=4960&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDoc-to&idtocto=4960&tipodoc=mensaje_mocion).

65. Chambre des députés, Chili, députés Miguel Alvarado et autres. Site internet : <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=39232&formato=pdf>

66. 2e Tribunal de la famille, juge Macarena Rebolledo; RIT C-7246-2017, affaire Mineures Vera Astete.

humains, alors qu'ils cherchaient à rentrer au Chili avec des jumeaux nés sous gestation pour autrui. L'analyse de l'ADN pratiqué sur les enfants a confirmé qu'ils étaient les parents des jumeaux. Une fois la libération des parents accordée, ils ont été libérés et ont récupéré les enfants. Pour autant, les poursuites judiciaires à leur encontre sont toujours engagées, bien que les charges retenues contre eux ont été réduites à « filiation indue », raison pour laquelle il leur a été provisoirement interdit de quitter le Pérou sans l'autorisation du tribunal.

Le couple a reconnu qu'ils avaient obtenu les jumeaux par l'intermédiaire d'une technique de procréation assistée avec GPA, dans une clinique de Lima, l'une des infirmières de la clinique ayant agi en tant que mère porteuse. Le mari a apporté ses gamètes, ce qu'a confirmé le test d'ADN qu'ont subi les enfants.

Selon le Président de la Société chilienne d'obstétrique et de gynécologie, Ricardo Pommer, il faut distinguer dans ce contexte les concepts de « ventre à louer » et de « maternité de substitution » ou de « gestation pour autrui », qui ont largement fait débat ces derniers temps au Chili.<sup>67</sup> Ricardo Pommer est d'avis qu'il existe un premier type de situation motivé par le désir d'enfant mais où la femme ne souhaite pas tomber enceinte, comme lorsqu'une femme est sur le point de changer de carrière ou d'atteindre un niveau académique supérieur, ou pour des raisons esthétiques, dans le cas d'une mannequin ou actrice. Dans ces situations, ces femmes optent pour la « location » d'un utérus. L'autre type de situation que Ricardo Pommer mentionne est différent, étant entendu qu'il s'agit de personnes qui souhaitent avoir des enfants mais qui ne peuvent procréer. Dans ce cas, on parlera de « maternité de substitution » ou de « gestation pour autrui », comme le cas des Chiliens détenus au Pérou.

## Conclusions

Les sources de droit applicables au Chili ne permettent pas d'éclairer davantage les questions de maternité de substitution ou de « ventre à louer ». Bien qu'il existe quelques dispositions juridiques et règlementaires, beaucoup

de doutes subsistent sur les lacunes existantes. Il faut espérer que des solutions législatives apportent une plus grande précision en la matière. Sans aucun doute, une réponse législative aidera les personnes qui souhaitent avoir un enfant tout comme les personnes et les institutions qui interviennent dans le domaine médical. De la même manière, il importe de clarifier les limites éthiques et juridiques de ces techniques. L'affaire des Chiliens détenus au Pérou citée plus haut montre que face à l'incertitude chilienne, recourir à des procédures au Pérou comporte des risques, voire des conséquences judiciaires.

Dans l'intervalle, les juges chiliens appliquent, le cas échéant, les instruments internationaux pertinents, en particulier la Convention relative aux droits de l'enfant, dans l'exercice approprié du pouvoir juridictionnel qui leur est conféré.

Gabriela Ureta Roiron est avocate, juge des enfants et de la famille (1990-2014), Gabriela Ureta Roiron a été présidente de l'Association des juges des enfants et de la famille au Chili, association membre du Conseil de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille.

## 2.1.4 le placement chez des proches : la meilleure réponse pour notre système de placement des enfants

Leonard Edwards - États-Unis<sup>68</sup>



67. Entrevue avec Radio Cooperativa, 10 septembre 2018. Voir site internet (en espagnol) : <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/vientres-de-alquiler-y-maternidad-subrogada-la-situacion-en-chile/2018-09-10/193813.html>

Juge de cour supérieure à la retraite, Leonard Edwards travaille aujourd'hui en tant que consultant et professeur. Dans son travail, il fournit une assistance technique aux tribunaux de l'État de Californie et des États-Unis en général, en particulier dans des dossiers impliquant des enfants et des familles. Il a été juge à la Cour supérieure du comté de Santa Clara, en Californie, pendant 26 ans. Il a siégé en tant que juge aux affaires familiales et juge des enfants. Il a aussi apporté son expertise au Centre pour les familles, les enfants & les tribunaux (Center for Families, Children & the Courts), une division du Bureau administratif des tribunaux de Californie (California Administrative Office of the Courts) pendant six ans.

## Résumé :

Cet article retrace brièvement l'histoire du placement des enfants hors de leur famille pour des raisons de négligence ou de maltraitance parentales. La préférence pour le placement chez des proches est récente. L'article résume les avantages et les désavantages de ce type de placement par rapport au placement en famille d'accueil ou en foyer. Le taux de placement chez des proches dans l'ensemble du pays<sup>69</sup> s'élève à environ 32%. Plusieurs juridictions ont des taux de placement beaucoup plus élevés, y compris le comté d'Allegheny, en Pennsylvanie. Le comté de Los Angeles, en Californie, expérimente des pratiques avec les travailleurs sociaux qui ont mené à un taux de placement chez des proches supérieur à 80% au cours de l'année écoulée. L'article décrit comment ces deux juridictions sont parvenues à des taux élevés de placement chez des proches. Les juges devraient persuader les organismes des services sociaux d'adopter ces pratiques.

Mots clés : famille d'accueil, placement chez des proches.

## L'HISTOIRE DU PLACEMENT DES ENFANTS HORS DE LEUR FAMILLE

Lorsque le tribunal pour enfants retire un enfant de la garde de ses parents à cause de maltraitance ou de négligence, quel type de placement correspond le mieux à ses besoins ? Aux États-Unis, la réponse à cette question a évolué depuis plus d'un siècle.

Au 19e siècle, Charles Brace<sup>70</sup> a dirigé un mouvement visant à placer des enfants maltraités, négligés et abandonnés au sein de familles. Les célèbres trains d'orphelins qu'il a créés ont emmené plus de 100 000 enfants dans le Midwest pour y vivre avec des familles. En dépit de ces efforts, la plupart des enfants vivant hors de leur famille à cette époque étaient placés dans des orphelinats et d'autres types de foyers. En 1910, les États-Unis comptaient plus de 1 000 orphelinats et leur taille moyenne avait augmenté de façon significative depuis la fin du 19e siècle.<sup>71</sup> Le nombre d'enfants dans les orphelinats a atteint un pic dans les années 1920 avec 143 000 pensionnaires en 1923<sup>72</sup>.

Après la conférence de la Maison-Blanche sur les enfants en 1909, la politique nationale a évolué vers le placement des enfants en famille et c'est ainsi que les familles d'accueil sont nées<sup>73</sup>. La législation fédérale prévoyait l'octroi d'une aide financière aux mères célibataires, ce qui permettait à leurs enfants de rester à la maison, et les enfants sans parents étaient placés en famille d'accueil. Cependant, les familles d'accueil en tant qu'alternative aux foyers ont augmenté très lentement au 20e siècle. C'est seulement après l'adoption de la loi sur la protection des enfants indiens d'Amérique (Indian Child Welfare Act)<sup>74</sup> et de la loi de 1980 sur l'aide à l'adoption et la protection de l'enfance (Adoption Assistance and Child Welfare Act)<sup>75</sup> que le nombre d'enfants placés en famille d'accueil a dépassé le nombre d'enfants placés en foyers, devenant ainsi le système de placement privilégié pour les enfants retirés du domicile parental.

## LE PLACEMENT EN FAMILLE D'ACCUEIL

Le placement en famille d'accueil pose d'importants problèmes. En premier lieu, de nombreux enfants n'aiment pas leur famille d'accueil. Après tout, ils sont placés chez des étrangers. Cette transition peut être traumatisante<sup>76</sup>. Certains s'enfuient de leur famille d'accueil, tandis que d'autres sont séparés de leurs frères et sœurs, en particulier si la fratrie est importante. En second lieu, de nombreux enfants vont de famille d'accueil en famille d'accueil, ne s'installant jamais dans une famille sur le long terme, un phénomène connu sous le nom de « dérive du placement familial ». <sup>77</sup>

En troisième lieu, et c'est peut-être la raison la plus importante, il n'y a pas aujourd'hui et il n'y aura jamais assez de familles d'accueil pour répondre à la demande. En dépit des millions de dollars dépensés en communication et des efforts déployés par les services sociaux, les juges, et d'autres défenseurs des enfants, le nombre de familles d'accueil disponibles n'a jamais atteint le nombre d'enfants ayant besoin d'un placement en dehors du milieu familial. Récemment, la crise des opiacés a débouché sur la nécessité de trouver de nouvelles familles d'accueil, et les juridictions du pays ont été

68. L'auteur remercie Jennifer Lopez (Bureau de Santa Fe Springs) et Aris S. Banico (Bureau régional de Glendora), administratrices régionales, pour les informations sur les deux projets pilotes du comté de Los Angeles et pour leur coopération. L'auteur est aussi reconnaissant de l'aide que lui ont apportée Corby Sturges (Centre pour les familles, les enfants et les tribunaux, une division du Conseil judiciaire de la Californie), Rob Waring (avocat représentant les enfants dans le comté d'Alameda), et Sidney Hollar (avocat exerçant à San Francisco).

69. Note de la traductrice : États-Unis.

70. Charles Brace était un philanthrope américain qui a contribué à la réforme sociale. Il est considéré comme le père du mouvement du placement familial moderne et fut plus connu pour avoir débuté le mouvement du Train des orphelins dans le milieu du 19e siècle, et pour avoir fondé la Société d'aide aux enfants. Myers, John E.B. The History of Child Protection in America (Xlibris, 2004), p. 46-67.

dans l'incapacité de procurer assez de familles pour ces enfants.<sup>78</sup> L'incapacité des familles d'accueil à répondre aux besoins en matière de placements d'enfants hors du domicile familial est démontrée par le fait qu'environ 20 000 enfants atteignent la majorité au sein de familles d'accueil ou de foyers, sans avoir jamais connu de placement permanent, en dépit des efforts de nombreux professionnels.<sup>79</sup>

Où accueillir les enfants qui ne peuvent pas vivre avec leurs parents biologiques ? Certainement pas dans les foyers. Paradoxalement, le foyer, qui représentait presque 100 % de tous les placements il y a 120 ans, est aujourd'hui le type de placement le moins privilégié. La législation fédérale ne le considère pas comme un placement permanent et oblige les travailleurs sociaux et les juges à prendre des mesures extraordinaires pour trouver un foyer permanent pour l'enfant.<sup>80</sup>

#### LE PLACEMENT CHEZ DES PROCHEs

La meilleure réponse est le placement chez des proches. Le gouvernement des États-Unis l'a compris très tardivement. Pendant des années, le gouvernement fédéral n'a pas favorisé le placement chez des proches, probablement à cause du vieil adage qui dit que « la pomme ne tombe jamais loin de l'arbre ». Selon l'opinion dominante de l'époque, si des parents négligeaient ou maltraièrent leurs enfants, il fallait aller chercher du côté de leurs propres parents qui étaient au moins partiellement responsables de leur incapacité à être des parents avec lesquels les enfants se sentent en sécurité. De plus, les proches pouvaient être au courant de la négligence et des mauvais traitements, et n'avoir rien fait.

La meilleure réponse est le placement chez des proches. Le gouvernement des États-Unis l'a compris très tardivement. Pendant des années, le gouvernement fédéral n'a pas favorisé le placement chez des proches, probablement à cause du vieil adage qui dit que « la pomme ne tombe jamais loin de l'arbre ». Selon l'opinion dominante de l'époque, si des parents négligeaient ou maltraièrent leurs enfants, il fallait aller chercher du côté de leurs propres

parents qui étaient au moins partiellement responsables de leur incapacité à être des parents avec lesquels les enfants se sentent en sécurité. De plus, les proches pouvaient être au courant de la négligence et des mauvais traitements, et n'avoir rien fait.

À la fin du 20<sup>e</sup> siècle, la politique fédérale a finalement changé<sup>81</sup>. Avec la promulgation de la loi de 2008 sur le renforcement des liens pour la réussite des placements en famille d'accueil et sur l'augmentation des adoptions (Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act), le placement chez des proches est devenu un mode de placement privilégié par rapport au placement en famille d'accueil et a été reconnu comme un placement permanent<sup>82</sup>. Le placement chez des proches était déjà privilégié dans la loi de 1978 sur la protection des enfants indiens d'Amérique, mais uniquement pour ces derniers<sup>83</sup>. La préférence pour le placement chez des proches a maintenant force de loi à l'échelle fédérale pour tous les enfants, et de nombreux États, y compris la Californie, ont adopté en complément des lois parallèles qui reflètent ces changements.<sup>84</sup>

Le placement d'enfants chez des proches démontre aussi ce qu'ont apporté les familles depuis des décennies. Alors qu'à l'échelle du pays, il y a approximativement 470 000 enfants pris en charge par les systèmes de protection de l'enfance des États, plus de 2 500 000 enfants résident avec des proches à la suite de placements familiaux informels.<sup>85</sup>

Le placement chez des proches est maintenant considéré comme une pratique optimale, qui bénéficie à l'enfant de plusieurs façons. Les études montrent que les enfants pris en charge par des proches ont tendance à être autant en sécurité, voire plus en sécurité que les enfants placés en famille d'accueil.<sup>86</sup> Comme il est probable que les enfants connaissent les proches, ce type de placement minimise le traumatisme. Par ailleurs, les proches sont plus enclins que les familles d'accueil à prendre en charge les frères et sœurs, ce qui permet de maintenir les contacts au sein de la fratrie.<sup>87</sup> Des recherches ont montré que les enfants placés chez un parent réussissaient mieux que ceux placés

71. Myers, John E.B., Id.

72. Olasky, Marvin, « The Rise and Fall of American Orphanages », in *Rethinking Orphanages for the 21st Century*, Ed., par Richard McKenzie, Sage, Thousand Oaks, 1999, p. 74

73. Trois années plus tard, le Bureau des enfants était créé et financé par le Congrès.

74. Public Law 95-608, 25 U.S.C. §§1901 et suiv.

75. Public Law 96-272, 42 U.S.C. §670 et suiv.

76. Voir Mitchell, Monique, *The Neglected Transition: Building a Relational Home for Children Entering Foster Care*, Oxford University Press, 2016.

77. L'expression fait référence au sort des enfants qui sont à la dérive, sans but, allant de famille d'accueil en famille d'accueil, sans qu'il n'existe de projet d'accueil permanent. Maas HS, Engler, Jr., R.E. *Children in need of parents*, New York: Columbia University Press; 1959.

78. John DeGarmo, « How The Heroin Crisis Is Straining Foster Care » [http://www.huffingtonpost.com/entry/how-the-heroin-crisis-is-straining-foster-care\\_us\\_58ed0740e4b0ea028d568d3c](http://www.huffingtonpost.com/entry/how-the-heroin-crisis-is-straining-foster-care_us_58ed0740e4b0ea028d568d3c); Sarah Catherine Williams et Kerry Devoogt, « Five things to know about the opioid epidemic and its effects on children », *Child Trends*, 2 juin 2017; Sherry Lachman, « The Opioid Plague's Youngest Victims », *The New York Times*, OP-ED, vendredi 29 décembre 2017, A25; Serena Gordon Health Day Reporter, « The Opioid Crisis' Hidden Victims: Children in Foster Care », [http://www.philly.com/philly/health/topics/HealthDay729966\\_20180108\\_The\\_Opioid\\_Crisis\\_\\_Hidden\\_Victims\\_\\_Children\\_in\\_Foster\\_Care.html](http://www.philly.com/philly/health/topics/HealthDay729966_20180108_The_Opioid_Crisis__Hidden_Victims__Children_in_Foster_Care.html); janvier 2018; Carrie McDermott, « No. 1 reason children in foster care is parental drug use », [Janvier 2019](http://www.wahpe-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

en famille d'accueil. Ils sont davantage stables, connaissent moins de changements de placement, ont moins de problèmes de comportement et ne changent pas autant d'écoles.<sup>89</sup> Le placement chez des proches contribue à préserver l'identité culturelle de l'enfant et les liens avec la communauté, et efface la regrettable stigmatisation que connaissent beaucoup d'enfants placés en famille d'accueil.<sup>90</sup>

Il existe néanmoins des désavantages au placement chez des proches par rapport au placement en famille d'accueil. Les familles d'accueil sont généralement mieux formées pour recevoir des enfants dans leur foyer.<sup>91</sup> Après tout, les familles d'accueil doivent être agréées pour recevoir des enfants et le processus d'agrément comprend une formation officielle. De plus, les familles d'accueil sont généralement plus stables sur le plan économique. Malgré tout, la politique nationale favorise désormais clairement le placement chez des proches par rapport au placement en famille d'accueil. Les données viennent corroborer cette orientation. Le placement chez des proches est le placement le plus stable, suivi par celui en famille d'accueil et en toutes fins par le placement en foyer. Une récente étude californienne a porté sur la stabilité du placement. L'étude a mesuré la stabilité dans différents types de placement y compris chez des proches (parents), en famille d'accueil et en foyer, et a analysé combien d'enfants placés étaient de nouveau pris en charge. Autrement dit, l'étude a mesuré le nombre d'enfants qui quittaient un placement pour être à nouveau placés. Dans l'étude, les enfants placés chez des proches réintègrent le système de prise en charge (c.-à-d. quittent leur placement) dans 7,5 % des cas, alors que les enfants placés en famille d'accueil réintègrent le système de prise en charge dans 13,4 % des cas, contre 20,7 % des cas pour les enfants placés en foyer (collectif).<sup>92</sup>

Les mêmes chercheurs ont mesuré la stabilité du placement des enfants pris en charge entre le 1er janvier et le 30 juin 2016 et qui se trouvaient toujours dans le même type de placement 12 mois plus tard. 90,6 % des enfants placés chez des proches l'étaient toujours l'année d'après, 72 % des enfants placés en fami-

lle d'accueil l'étaient toujours l'année d'après, tandis que seulement 37,1% des enfants placés en foyer collectif étaient restés dans le foyer après une année.<sup>93</sup>

À l'échelle du pays, 32 % des enfants placés hors de leur foyer d'origine vivent chez des proches, 45 % en familles d'accueil (sans lien de parenté), 5 % en foyers collectifs et 7 % en institutions.<sup>94</sup> Le tableau 1 donne les pourcentages État par État du nombre d'enfants placés chez proches.<sup>95</sup>

**TABEAU 1 : POURCENTAGES DES ENFANTS PLACÉS CHEZ DES PROCHES DANS CHAQUE ÉTAT**

Alabama	11 %
Alaska	21 %
Arizona	41 %
Arkansas	16 %
Californie	32 %
Colorado	20 %
Connecticut	24 %
Delaware	12 %
District de Columbia	18 %
Floride	44 %
Géorgie	17 %
Hawaï	48 %
Idaho	29 %
Illinois	36 %
Indiana	32 %
Iowa	28 %
Kansas	27 %
Kentucky	4 %
Louisiane	34 %
Maine	33 %
Maryland	39 %
Massachusetts	23 %
Michigan	31 %
Minnesota	21 %
Mississippi	31 %
Missouri	26 %
Montana	43 %
Nebraska	24 %
Nevada	33 %
New Hampshire	19 %
New Jersey	35 %
Nouveau-Mexique	22 %
New York	19 %
Caroline du Nord	26 %

tondailynews.com/news/no-reason-children-in-foster-care-is-parental-drug-use/article\_fceadcc2-f4cc-11e7-97c8-eb8e98f766bf.html, 9 janvier, 2018 ; <http://www.wearegreenbay.com/news/local-news/number-of-foster-children-doubles-in-wisconsin-due-to-drug-and-opioid-epidemic/1144701083>.

79. Greeson, K.P., and Thompson, A.E., *Aging Out of Foster Care*, The Oxford Handbook of Emerging Adulthood, septembre, 2014 ; *Child Welfare Outcomes: 2010-2014: Report to Congress*, U. S. Department of Health and Human Services, Administration for Children, Youth and Families, Children's Bureau, Appendix F, p. F3.

80. Voir P.L.113-183 §§112-113.

81. Voir Edwards, Leonard, « Relative Placement in Child Protection Cases: A Judicial Perspective », *Juvenile & Family Court Journal*, Vol. 61, N° 2, (Printemps, 2010) 1-44, p. 8. Cet article est aussi disponible gratuitement sur le site web suivant : [judgeleonardedwards.com](http://judgeleonardedwards.com).

82. P.L. 110-351.

83. P.L. 95-608, 25 U.S.C. §§1901 et suiv.

84. Par exemple, voir California Welfare & Institutions Code §361.3.

85. Annie E. Casey Foundation Kids Count Data Center. 2013-2015 Current Population Survey Annual Social and Economic Supplement (CPS ASEC). Les estimations représentent une moyenne sur trois ans. Consulté le 4 mars, 2017. Récupéré sur <http://datacenter.kidscount.org/data/tables/7172-children-in-kinship-care?loc=1&loc=1#detailed/1/any/false/1491/any/14207,14208>.

Dakota du Nord	15 %
Ohio	16 %
Oklahoma	33 %
Oregon	19 %
Pennsylvanie	26 %
Rhode Island	30 %
Caroline du Sud	6 %
Dakota du Sud	18 %
Tennessee	13 %
Texas	33 %
Utah	19 %
Vermont	27 %
Virginie	6 %
Washington	35 %
Virginie-Occidentale	19 %
Wisconsin	34 %
Wyoming	26 %

## AUGMENTER LE PLACEMENT CHEZ DES PROCHES

Le nombre de placements chez des proches reste faible. Nous pouvons et devrions augmenter de façon significative le nombre d'enfants placés chez des proches quand les enfants sont retirés de leurs parents. L'augmentation doit venir de l'amélioration des pratiques des travailleurs sociaux, comme c'est le cas dans le comté d'Allegheny, en Pennsylvanie, où 65 % des placements effectués par l'organisme de protection de l'enfance le sont chez des proches.<sup>96</sup> Elle vient aussi des familles, comme c'est le cas en Nouvelle-Zélande, où la conférence familiale a permis que 53 % des enfants placés par le tribunal le soient chez des proches.<sup>97</sup> Le taux de placement chez des proches pourrait même être plus élevé que dans ces juridictions.

L'approche choisie par les organismes sociaux dans les juridictions ayant les taux de placement chez des proches les plus élevés semble simple. Dans les plus grandes juridictions, comme le comté d'Allegheny, une équipe de travailleurs sociaux a été chargée d'identifier et d'entrer en contact avec les proches. Quand l'équipe est informée du retrait d'un enfant, les membres de l'équipe travaillent immédiatement sur un certain nombre de sujets. Ils uti-

lisent un système de recherche familiale pour identifier, localiser et entrer en contact avec les proches. Ils vérifient la situation de vie potentielle des proches pour s'assurer qu'elle est adaptée pour le ou les enfants. Ils contrôlent les antécédents des proches pour savoir s'il existe des problèmes de criminalité ou en lien avec la protection de l'enfance qui rendraient illégal le placement de l'enfant chez ces proches. Ils utilisent aussi des « navigateurs de recherche » de parenté pour les assister dans leurs recherches<sup>100</sup>. Les travailleurs sociaux peuvent accomplir l'essentiel de ce travail de manière électronique, que ce soit depuis leur bureau ou même dans une voiture quand ils se rendent sur les lieux du retrait de l'enfant.

En Nouvelle-Zélande, la conférence familiale permet d'accomplir la majorité de ce qui se produit dans le comté d'Allegheny. La conférence familiale fait partie de la Constitution de la Nouvelle-Zélande. Elle exige qu'une réunion avec la famille soit organisée pour discuter de la crise à laquelle fait face l'enfant avant l'introduction de tout type d'action en justice, que ce soit dans les affaires de dépendance que dans celles de justice juvénile.<sup>101</sup> En Nouvelle-Zélande, les décisions de placement sont fortement influencées par la participation de la famille dans le processus de prise de décision.

Le comté de Los Angeles connaît actuellement une augmentation du nombre d'enfants placés chez des proches. Deux (2) des 19 bureaux régionaux du département des services à l'enfance et à la famille du comté (Santa FE Springs et Glendora) ont recours à des pratiques similaires pour identifier, mobiliser et lever les obstacles légaux et bureaucratiques qui ont empêché pendant des années le processus de placement chez des proches. Ces bureaux commencent à chercher les proches quand un cas est porté à l'attention des services sociaux. Lorsqu'un bureau apprend qu'un juge prend une mesure de protection à l'égard d'un enfant, les travailleurs sociaux commencent immédiatement à engager des démarches auprès des proches et des membres de la famille étendue sans lien de parenté directe (relatives and non-relative-extended-family members, NREFMs) tels que les amis de la famille, les

86. A. Shalonsky, et J.D. Berrick, « Assessing and Promoting Quality in Kin and Non-Kin Foster Care », *75 Social Service Review* (2001), p. 60-83.

87. A. Shalonsky, D. Webster, & B. Needell, *The Ties That Bind: A Cross-Sectional Analysis of Siblings in Foster Care*, 39 *Journal of Social Service Research* 27-52 (2003) ; L. Ehrle & R. Geen, *Kin and Non-kin Foster Care: Findings from a National Survey*, *Children and Youth Services Review* (2002), p. 15-35.

88. Rubin, David, Kevin J. Downes, & Amanda L. O'Reilly, « Impact of Kinship Care on Behavioral Well-Being for Children in Out-of-Home Care », *Arch. Pediatric & Adolescent Med.* Vol. 162, N° 6, 550-556 (2008).

89. Voir *Generations United. Children Thrive in Grandfamilies* (2016) – (disponible sur le site web : [www.grandfamilies.org/Portals/0/16-Children-Thrive-in-Grandfamilies.pdf](http://www.grandfamilies.org/Portals/0/16-Children-Thrive-in-Grandfamilies.pdf)). « Je pense que je prends les placements chez des proches très au sérieux à force d'avoir vu autant de placements en famille d'accueil échouer » *Kinship Care*, op.cit., note de bas de page 5, p. 36 ; Berrick, J.D., Barth, R.P., & McFadden, J. (1992) *A Comparison of Kinship Foster Homes and Foster Family Homes: Implications for Kinship Foster Care as Family Preservation*, *Child Welfare League of America North America Kinship Care Policy and Practice Committee*, Washington, D.C. ; Courtney, M., & Needell, B., « Outcomes of Kinship Care: Lessons from California », *Child Welfare Research Review*, Volume 2, Ed. By Berrick, J.D., Barth, R., & Gilbert, N., Columbia University Press, N.Y., p. 130-149 ; Berrick, J.D., « When Children Cannot Remain Home: Foster Family Care and Kinship Care », *Protecting Children from Abuse and Neglect*, Vol. 8, N° 1, (1998), p. 72-87 ; Chamberlain, et.al., « Who Disrupts from Placement in Foster and Kinship Care? »,

parrains et marraines, et des amis proches. Le bureau utilise un moteur de recherche appelé « Family Finding »<sup>102</sup> pour identifier et localiser les proches « égarés ».<sup>103</sup> En outre, les bureaux trouvent mieux les pères « non coupables », car le moteur de recherche identifie à la fois les pères et leurs familles élargies comme des lieux de placements possibles. Après tout, les pères sont à l'origine de la moitié des proches des enfants en moyenne.<sup>104</sup> Même les proches localisés qui ne conviennent pas au placement peuvent aider la famille en prenant part à l'équipe qui assiste l'enfant et les parents dans la réalisation de leurs objectifs. Toutes ces actions ont développé l'idée au sein des bureaux des services sociaux qu'il faut localiser et mobiliser les proches le plus tôt que possible.

Les règles et les procédures des bureaux de Glendora et de Santa Fe Springs autorisent les travailleurs sociaux à faire des placements d'urgence. Ils gèrent un Système de télécommunication pour l'application de la loi en Californie (California Law Enforcement Telecommunication System, CLETS) qui vise à garantir qu'il n'existe pas d'infractions pénales sans possibilités d'exemption inscrites au casier judiciaire, et un Système de gestion des affaires/Services de protection de l'enfance (Child Welfare Services/Case Management System, CWS/CMS) pour vérifier qu'il n'y a pas d'historique dans les dossiers électroniques des services du département de l'enfance et de la famille. Les bureaux facilitent les exemptions de peine pour les proches aidants potentiels, selon l'infraction pénale. Ils peuvent valider le placement lorsque l'inscription au casier judiciaire est un simple délit et pour certaines infractions commises il y a longtemps. Les travailleurs sociaux chargés des interventions d'urgence mènent immédiatement des entretiens en face à face avec tous les proches aidants potentiels. En fonction de l'urgence du placement, les entretiens peuvent avoir lieu le même jour que le placement. Les membres des équipes des interventions d'urgence effectuent une première évaluation du domicile au moment du placement pour s'assurer qu'il dispose bien de tous les critères retenus et qu'il existe un aménagement adapté pour le couchage de l'enfant ou des enfants. Selon les administrateurs ré-

gionaux, les obstacles les plus importants sont les exemptions de peine et les dimensions du foyer des proches, car beaucoup d'entre eux vivent dans de petits logements, souvent en appartement.

Une nouvelle loi californienne, connue sous le nom de « Réforme pour un continuum de la prise en charge » (Continuum of Care Reform)<sup>106</sup>, autorise le placement d'enfants chez un proche en cas de situation d'urgence en recourant aux nouvelles lignes directrices sur l'évaluation des familles-ressources (Resource Family Assessment, RFA).<sup>107</sup> Après que les travailleurs sociaux ont placé les enfants, ceux chargés de la RFA mènent des vérifications plus approfondies des antécédents des familles telles que des vérifications d'empreintes digitales électroniques lors du processus d'évaluation familiale. Si, à la suite de la transmission des empreintes digitales électroniques, il s'avère que la famille a un profil pénal, l'équipe chargée de la RFA accompagnera la famille dans sa demande d'exemption de la peine tant que le délit correspond aux critères d'exemption.

Ce travail laborieux en amont permet à l'enfant d'aller directement de son foyer chez un proche sans perdre de temps en famille d'accueil. Un directeur régional a déclaré que, parfois, les enfants passent directement de leur foyer à celui du proche sans placement intermédiaire.<sup>108</sup> Le bureau verse aux proches une allocation temporaire (400 \$ par mois par ménage) pendant trois mois pour aider les proches à s'adapter à la prise en charge supplémentaire de l'enfant. Étant donné que la plupart des proches ont besoin d'un soutien économique pour gérer la présence de membres supplémentaires dans leur foyer, ceci est absolument essentiel.<sup>109</sup> Par ailleurs, le comté et l'État économisent de l'argent en évitant les placements en famille d'accueil, il semble donc évident qu'ils devraient transférer une partie de ces économies vers les proches aidants. Le bureau offre aussi, sur demande, des services de garde, des lits et des sièges d'enfant et d'autres services dont les proches pourraient avoir besoin. La politique du bureau est de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer de la réussite du placement.

Child Abuse & Neglect, Vol. 30, p. 409 (2006).

90. Ce ne sont seulement que quelques-uns des avantages du placement chez proches. Pour d'autres avantages, voir : Edwards, op.cit., note de bas de page 13, p. 10-13.

91. Gebel, T.J., « Kinship Care and Non-Relative Family Foster Care: A Comparison of Caregiver Attributes and Attitudes », Child Welfare, Vol. LXXV, #1, janvier-février, p. 5-18.

92. Les données de cette étude ont été fournies par Daniel Webster, chercheur spécialiste à la Berkeley School of Social Welfare's Center for Social Services Research (CSSR), où il est chercheur principal du California Child Welfare Indicators Project (CCWIP). Daniel Webster et al., CCWIP Reports (2017), à [http://cssr.berkeley.edu/ucb\\_childwelfare/Stability.aspx](http://cssr.berkeley.edu/ucb_childwelfare/Stability.aspx).

93. Ces chiffres sont ceux de la Californie.

94. The AFCARS Report, FY 2016 data, 20 octobre, 2017, N° 24.

95. Annie E. Casey Foundation Kids Count Data Center. Analyse des données issues du Système de notification et d'analyse du placement en famille d'accueil et de l'adoption (Adoption and Foster Care Analysis and Reporting System, AFCARS), disponible à travers les données des archives nationales sur les mauvais traitements et la négligence envers les enfants. Récupéré en novembre 2015 : <http://datacenter.kidscount.org/data/tables/6247-children-in-foster-care-by-placement-type?loc=1&loc-t=1#detailed/2/2-52/false/36/2621/12995>.

Les projets ont commencé dans chaque bureau en octobre 2016 et les résultats ont été spectaculaires. Les taux moyens de placement chez des proches sont de 77 % au bureau de Glendora et de 84 % au bureau de Santa Fe Springs. Les taux de placement chez des proches ont dépassé 90 % pendant plusieurs mois. En octobre 2017, les taux de placement chez des proches étaient de 84 % pour chacun des deux bureaux.<sup>110</sup> Les bureaux ont atteint ces résultats en recourant à une seule personne supplémentaire au sein du personnel de soutien. Cette personne, un assistant à l'adoption, a été rattachée à la section des interventions d'urgence et est chargée du processus de recherche familiale. Le succès a été tel que le projet s'est agrandi. Deux régions supplémentaires, le Vermont Corridor et Los Angeles Ouest ont débuté le projet en octobre 2017.

En complément, ces projets pilotes organisent également des réunions entre les équipes, les enfants et les familles (Child and Family Team, CFT), une forme de conférence familiale.<sup>111</sup> Après que le placement a été effectué, le travailleur social convie la famille à une réunion, y compris les proches qui ont été contactés et d'autres personnes que la famille souhaite inclure, en vue de planifier la prise en charge de l'enfant, et tout autre projet en cas de problème.

## CONCLUSION

Pendant des années, l'auteur et de nombreux juges pour enfants ont été frustrés par l'incapacité des services de protection de l'enfance à identifier, signaler, contacter et placer les enfants chez des proches en temps voulu. La vérification des antécédents des familles semblait prendre des mois. Trouver les pères de ces enfants était particulièrement difficile et certaines agences n'essayaient même pas de localiser les pères non mariés. Souvent, les recherches de proches ne commençaient pas tant que le père n'avait pas été localisé, et de nombreux proches étaient réticents à participer au regroupement familial, espérant que le parent ayant la garde de l'enfant soit finalement réuni avec ce dernier. Plus l'attente était longue, plus l'enfant restait en famille d'accueil. En outre, si

l'enfant était un nourrisson, la famille d'accueil cherchait souvent à maintenir la garde de l'enfant, menant à des procès contestés devant les tribunaux pour enfants.<sup>112</sup>

Les juges ne pouvaient pas faire grand-chose de plus que d'exhorter l'organisme des services sociaux à mettre en œuvre les meilleures pratiques. Ils ont pris conscience que des changements dans les pratiques des organismes étaient nécessaires pour faciliter le processus de placement chez des proches. Les deux projets pilotes dans le comté de Los Angeles et le succès de plusieurs autres juridictions ont donné un aperçu de ce qui est possible. Lorsque d'autres organismes des services sociaux à travers le pays prendront connaissance de ces résultats, il est à espérer qu'ils modifieront leurs pratiques et placeront davantage d'enfants chez des proches. Il ne s'agit pas d'inventer de nouvelles pratiques. Nous savons maintenant que cela peut être fait, qui plus est rapidement. L'adoption et la mise en œuvre de ces nouvelles pratiques dépendra de la détermination et de la volonté des organismes des services sociaux et de protection de l'enfance du pays.

Maintenant que les foyers ne sont plus vus d'un bon œil par la législation fédérale et des États, et que le placement en famille d'accueil continue d'être incapable de répondre aux besoins des enfants qui doivent être retirés de leur foyer, ces nouvelles pratiques font espérer que les États à travers le pays seront en mesure de placer ces enfants dans un cadre familial, de préférence avec des proches parents et en temps voulu. Nous avons là des raisons d'être optimiste.

Juge de cour supérieure à la retraite, Leonard Edwards travaille aujourd'hui en tant que consultant et professeur. Dans son travail, il fournit une assistance technique aux tribunaux de l'État de Californie et des États-Unis en général, en particulier dans des dossiers impliquant des enfants et des familles. Il a été juge à la Cour supérieure du comté de Santa Clara, en Californie, pendant 26 ans. Il a siégé en tant que juge aux affaires familiales et juge des enfants. Il a aussi apporté son expertise au Centre pour les familles, les enfants & les tribunaux (Center for Families, Children & the Courts), une division

96. Pour des informations complémentaires sur les pratiques des travailleurs sociaux dans le comté d'Alleggheny, voir Edwards, Leonard, « How To Improve Outcomes For Abused And Neglected Children: Engaging Relatives Early », Été 2016, *The Bench*, la revue officielle de l'association des juges de Californie, Sacramento, CA. Une copie est disponible sur le site web de l'auteur : [judgeleonardedwards.com](http://judgeleonardedwards.com).

97. Message électronique de Sarah Hayward, Conseillère principale, Suivi et enquêtes, Bureau du Commissaire à l'enfance, Nouvelle-Zélande. Des copies des données fournies par Mme Hayward sont disponibles auprès de l'auteur.

98. Message électronique et conversations téléphoniques avec Marc Cherna, comté d'Alleggheny, Directeur du Département de l'enfance et de la famille. Une copie est disponible auprès de l'auteur.

99. La « recherche familiale », développée par Kevin Campbell, utilise un moteur de recherche pour identifier et localiser les membres de la famille de l'enfant. Le gouvernement fédéral reconnaît la recherche familiale comme une pratique optimale dans la loi de 2008 pour la réussite des placements en famille d'accueil. P.L. 110-351 §102.

100. Message de March Cherna, op.cit., note de bas de page 31. Les navigateurs de recherche de parenté sont une autre bonne pratique reconnue par la loi susmentionnée. Id.

101. Section 18(1), loi de 1989 sur les enfants, les adolescents et leur famille, (1989 N° 24) Lois de Nouvelle-Zélande, Wellington, N.A. (2005) ; Edwards, L., & Sagatun, I., « The Transition to Group Decision Making in Child Protection Cases: Obtaining Better Results for Children and Families »,

du Bureau administratif des tribunaux de Californie (California Administrative Office of the Courts) pendant six ans.

## 2.2. JURISPRUDENCE

### 2.2.1. Canada

La pluriparentalité

Children's Law Act (Nfld&Lab.), [2018] N.J. N° 100, 2018 NLSC 71, 7 R.F.L. (8th) 346.

Droit de la famille – 18968, 2018 QCCS 1900.

Un enfant peut-il avoir plus de deux parents ?

Le 4 avril 2018, le juge Fowler, de la Newfoundland and Labrador Supreme Court - Family Division, répond à cette question par l'affirmative, en invoquant l'intérêt de l'enfant né au sein d'une union entre deux hommes et une femme.

Trois semaines plus tard, le 23 avril 2018, le juge Morrison de la Cour supérieure du Québec, constate, tout en le déplorant, que le droit civil québécois ne permet pas la reconnaissance juridique de la pluriparentalité. Il accueille donc une action en réclamation et en contestation d'état, intentée par un père biologique qui désire faire rayer le nom de la conjointe de la mère de l'enfant, sur l'acte de naissance de ce dernier, pour le remplacer par le sien.

Ces deux décisions illustrent l'importance de la transformation des rapports sociaux et familiaux et les défis que ces changements soulèvent au plan juridique. Elles obligent à une réflexion sur les fondements de la filiation en regard de l'intérêt de l'enfant et du difficile équilibre entre deux pôles qui, parfois, s'opposent : la volonté d'être parent et les liens de sang. Elles témoignent enfin de la souplesse que permet, en Common Law, l'utilisation par les tribunaux de la compétence *parens patriae*.

La gestation pour autrui

Différents cas d'application du recours à l'adoption dans le cas d'enfants nés d'une mère porteuse

Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162 (CanLII)

Adoption – 161 2016 QCCA 16 (CanLII)

Adoption - 16199, 2016 QCCQ 8951 (CanLII).

Adoption - 1631 2016 QCCQ 6872 (CanLII),

Adoption - 1590, 2015 QCCQ 15938 (CanLII),

Droit de la famille - 151772, 2015 QCCS 2308 (CanLII)

Adoption-1873, QCCQ 1693 <http://canlii.ca/t/hr4s2>

### 2.2.2. Brésil

Le Tribunal fédéral suprême du Brésil reconnaît dans une décision la protection juridique des différentes formes de parentalité et la coexistence de la paternité biologique et socio-affective<sup>113</sup>

Résumé : Recours extraordinaire. Reconnaissance de la répercussion générale sur la société de la question constitutionnelle soulevée. Droit civil et constitutionnel. Conflit entre paternités socio-affective et biologique. Paradigme du mariage. Dépassement par la Constitution de 1988. Axe central du droit de la famille : déplacement vers la Constitution. Principe supérieur de la dignité humaine (art. 1er, III, de la Constitution fédérale – CF). Dépassement des obstacles juridiques au plein épanouissement des familles. Droit à la recherche du bonheur. Principe constitutionnel implicite. Individu au centre de l'ordre juridico-politique. Impossibilité de réduire les réalités familiales à des modèles préconçus. Entités familiales non définies par la Constitution. Union stable (art. 226, §3, CF) et famille monoparentale (art. 226, §4, CF). Interdiction de la discrimination et de la hiérarchisation des types de filiation (art. 227, §6, CF). Parentalité présumée, biologique ou affective. Nécessité d'une protection juridique ample. Multiplicité des liens parentaux. Reconnaissance concomitante. Possibilité. Pluripa-

Juvenile and Family Court Journal, Vol. 58, N° 1 (2007), p. 1-16.

102. La recherche familiale est le nom donné au processus développé par Kevin Campbell, travailleur social, chercheur, et créateur génial qui a le premier commencé à utiliser les nouvelles technologies dans le champ de la protection de l'enfance. Pour l'histoire de la recherche familiale, voir : M. Shirk, *Hunting for Grandma: 'Family Finding' Strategy Connects Foster Kids With Relatives and Permanent Homes*, Youth Today, fév. 2006 ; voir aussi : Edwards, L., & Sagatun-Edwards, L., « The Transition to Group Decision Making in Child Protection Cases: Obtaining Better Results For Children and Families », *Juvenile and Family Court Journal*, Hiver, 2007, Vol. 58, N° 1, p. 1-16.

103. De nombreuses agences de protection de l'enfance aux États-Unis utilisent la recherche familiale, un moteur de recherche développé par Kevin Campbell. Voir <http://www.familyfinding.org/> et la note de bas de page 31.

104. Sur l'importance d'identifier, de localiser et de mobiliser les pères dans le processus de dépendance juvénile, voir : Edwards, L., *Engaging Fathers in the Child Protection Process: The Judicial Role* Spring, 2009, *Juvenile and Family Court Journal*, vol. 60, N° 2, p. 1-30.

105. La base de données du CLETS contient les antécédents judiciaires tandis que le système CWS/CMW consigne les contacts avec le système de protection de l'enfance. Ces contrôles sont requis par la loi.

106. Voir Cal. Dept. Soc. Services, *What is the Continuum of Care Reform?* (2016), sur [www.cdss.co.gov/cdssweb/entres/pdf/CCR/WhatisContinuumCareReform.pdf](http://www.cdss.co.gov/cdssweb/entres/pdf/CCR/WhatisContinuumCareReform.pdf).

rentalité. Principe de la paternité responsable (art. 226, §7, CF). Décision définitive. Décision faisant jurisprudence.

Thèse. 2. La famille, selon les préceptes constitutionnels introduits dans la CF de 1988, s'est éloignée définitivement de l'ancienne distinction entre enfants légitimes, légitimés et illégitimes de l'ancien Code civil de 1916, dont le paradigme en matière de filiation, parce qu'il adoptait la présomption fondée sur la centralité du mariage, déconsidérerait tant le critère biologique que le critère affectif. 3. La famille, qui fait l'objet d'une évolution normative (déplacement de l'axe central vers la Constitution), nécessite la reformulation du traitement juridique des liens parentaux à la lumière du principe supérieur de la dignité humaine (art. 1er, III, de la CF) et de la recherche du bonheur. 4. Selon le principe de la dignité humaine, l'être humain est un être intellectuel et moral, capable de se déterminer soi-même et de se développer en liberté, de sorte que le choix des individus de leurs objectifs de vie bénéficie d'une priorité absolue par rapport à d'éventuelles formulations juridiques définissant des modèles préconçus, voués à des résultats choisis à priori par le législateur. Jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand (BVerfGE 45, 187). 5. Le dépassement des obstacles juridiques au plein épanouissement des familles construites sur des relations affectives et interpersonnelles des individus, découle du principe supérieur de la dignité humaine. 6. Le droit à la recherche du bonheur, principe implicite dans la Constitution (art. 1er, III), tout en élevant l'individu au centre de l'ordre juridico-politique, reconnaît ses capacités d'autodétermination, son autosuffisance et sa liberté de choisir ses propres objectifs, interdisant au gouvernement d'interférer dans les moyens choisis par les citoyens pour accomplir leurs volontés. Précédents de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique et du Tribunal fédéral suprême du Brésil : RE 477554-AgR, Rapporteur : Ministre Celso de Mello, DJe (Journal électronique du Tribunal) du 26/08/2011 ; APF 132, Rapporteur : Ministre Ayres Brito, DJe (Journal électronique du Tribunal) du 14/10/2011. 7. L'individu ne peut jamais être réduit à un simple instrument d'accomplissement des volontés des

gouvernants, c'est pourquoi le droit à la recherche du bonheur protège l'être humain face aux tentatives de l'État visant à encadrer sa réalité familiale selon des modèles préconçus par la loi. 8. La Constitution de 1988, à titre d'exemple seulement, reconnaît les entités familiales hors mariage que sont l'union stable (art. 226, §3) et la communauté formée par l'un quelconque des parents et ses descendants, désigné selon l'expression « famille monoparentale » (art. 226, §4), et souligne que les enfants issus ou non du mariage bénéficient de la même protection légale, la discrimination étant interdite et, par conséquent, la hiérarchisation des types de filiation (art. 227, §6). 9. Les unions stables homo-affectives, considérées par la jurisprudence du Tribunal fédéral suprême comme des entités familiales, rendent nécessaire une interprétation non réductionniste du concept de la famille en tant qu'institution qui peut également passer par d'autres formes que le mariage civil (ADI 4277, Rapporteur : Ministre Ayres de Britto, Assemblée plénière, jugement du 05/05/2011). 10. La compréhension juridique cosmopolite des familles nécessite l'extension de la protection normative à toutes les formes pour lesquelles la parentalité peut se manifester, à savoir : i) par la présomption découlant du mariage ou d'autres hypothèses juridiques, ii) par la descendance biologique ou iii) par l'affectivité. 11. L'évolution scientifique responsable de la vulgarisation du test ADN a renforcé l'importance du critère biologique, tant aux fins de la filiation que pour réaliser le droit fondamental à l'identité génétique, en tant qu'émanation naturelle du droit à la personnalité. 12. L'affectivité comme critère a été établie tant par la doctrine que par la jurisprudence depuis l'ancien Code civil de 1916, et ce afin d'éviter des situations d'injustice extrême, en reconnaissant la possession du statut d'enfant et donc le lien parental, à celui qui utilisera le nom de famille (nominatio), sera traité comme un enfant par le père (tractatio) et jouira de la reconnaissance de son statut de descendant par la communauté (reputatio). 13. La paternité responsable, énoncée expressément à l'art. 226, §7, de la CF, dans la perspective de la dignité humaine et de la recherche du bonheur, impose que le droit reconnaisse autant les liens de filiation construits sur des rela-

107. Ces lignes directrices ont été instaurées par la loi, qui rend la vérification des antécédents obligatoires avant de pouvoir effectuer un placement. Une copie de ces lignes directrices est disponible auprès de l'auteur.

108. Message électronique de Jennifer Lopez, Directrice régionale. Une copie est disponible auprès de l'auteur.

109. Il est clair que les proches qui reçoivent des enfants ont besoin d'une certaine aide financière. Voir : Rita Price, « Grandparents raising kids of addicts struggle with little aid », The Columbus Dispatch, 7 janvier 2018.

110. Des copies de ces statistiques sont disponibles auprès de l'auteur, tout comme les coordonnées des deux bureaux. Chaque bureau a exprimé sa volonté de travailler avec d'autres juridictions pour améliorer leurs résultats de placement.

111. [http://policy.dcfslacounty.gov/default.htm#Child\\_and\\_Family\\_Teams.htm?Highlight=CFT](http://policy.dcfslacounty.gov/default.htm#Child_and_Family_Teams.htm?Highlight=CFT); État de la Californie, Département des services sociaux, Circulaire aux comtés N° 18-24, FAMILY FINDING AND ENGAGEMENT (FFE) 6 avril 2018.

112. Par exemple, voir : In re Sarah H., 43 Cal.App.4th 274, 50 Cal.Rptr.2d 503 (1996); In re M.H., 21 Cal.App.5th 1296 (2018).

113. Affaire présentée par Eduardo Rezende Melo (Brésil).

tions affectives que ceux d'origine biologique, quand l'intérêt supérieur du descendant est la reconnaissance juridique des deux. 14. La pluriparentalité, dans le droit comparé, peut être illustrée par le concept de double parentalité (dual paternity), élaboré par la Cour suprême de l'État de Louisiane aux États-Unis, depuis les années 80, pour répondre en même temps à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit du géniteur à la déclaration de paternité. Doctrine. 15. Les configurations familiales qui ne font pas l'objet d'une réglementation étatique, par défaut, ne peuvent demeurer sans protection dans les situations de pluriparentalité, c'est pourquoi les liens parentaux d'origine affective et biologique méritent une protection juridique concomitante, à toutes les fins du droit, afin d'assurer la protection la plus complète et adéquate aux personnes concernées, conformément aux principes constitutionnels de la dignité de la personne humaine (art. 1er, III) et de la paternité responsable (art. 226, §7). 16. Décision définitive du Tribunal faisant jurisprudence : « la paternité socio-affective, inscrite ou non au registre public, n'empêche pas la reconnaissance d'un lien de filiation concomitant fondé sur l'origine biologique, avec ses propres effets juridiques. »

### 2.2.3. Royaume Uni

#### DANS L'AFFAIRE DE M (ENFANTS)<sup>114</sup>

**Titre :**

**Dans l'affaire de M (enfants)**

**Cour :**

**Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles (chambre civile)**

**Référence :**

**[2017] EWFC 4**

**Date :**

**20 décembre 2017**

Instruments cités :

Loi de 1989 sur l'enfance, article 1(1)(a)

Loi de 2010 sur l'égalité, articles 4, 7, 13 et 85.

Loi relative aux droits de l'homme, article 6

Convention européenne des droits de l'homme, articles 8, 9 et 14

Résumé de l'affaire:

Rappel des faits :

Cinq enfants âgés entre 2 et 12 ans vivaient avec leurs parents juifs ultraorthodoxes. Le mariage du couple a pris fin quand le père des enfants a changé de sexe et a commencé à vivre comme une femme. Les enfants sont restés vivre avec leur mère dans la communauté Haredi du nord de Manchester. Les parents ont décidé d'un commun accord que les enfants devaient continuer à vivre dans la communauté, mais le père transgenre a cherché à entrer en contact avec les enfants. La Haute Cour a décidé, avec regret, que parce que les enfants risquaient d'être exclus de leur communauté s'ils avaient des contacts avec leur père transgenre, ce dernier ne devait communiquer avec eux que de façon indirecte, et plus précisément par l'envoi de lettres quatre fois par an. Le père transgenre a fait appel. Stonewall et Keshet Diversity UK ont rejoint l'affaire en tant que parties intervenantes.

Objet et résolution de l'affaire:

Contacts des parents avec les enfants, discrimination à l'encontre des personnes transgenres. La Cour d'appel a ordonné que le tribunal de la famille réexamine sa décision rejetant la demande du père transgenre d'avoir des contacts directs avec ses enfants.

Raisonnement de la Cour:

La Cour a accueilli l'appel sur la base de trois motifs. Selon la Cour, (i) le juge qui a traité l'affaire initiale a perdu de vue le principe selon lequel l'intérêt supérieur des enfants est primordial, (ii) il n'a pas été évalué dans le jugement en quoi des contacts indirects étaient dans l'intérêt supérieur des enfants et en quoi des contacts directs ne l'étaient pas, et (iii) le

juge n'a pas épuisé tous les pouvoirs du tribunal pour rendre les contacts directs possible.

En statuant sur l'affaire, la Cour d'appel a énoncé un certain nombre de questions que le juge aurait dû se poser avant de parvenir à une décision finale, y compris celle de savoir s'il pouvait arriver à une conclusion guidée par les pratiques d'une communauté où l'accent est autant mis sur la communauté elle-même que sur les enfants concernés et qui impliquent la discrimination et la victimisation. La Cour a également conclu que le juge aurait dû se demander s'il ne devait pas directement et explicitement interpellier les parents et la communauté et, en l'absence de changement d'attitude de la part de ces derniers, s'il n'y avait pas lieu de retirer les enfants de la garde de leur mère, de les placer sous tutelle judiciaire, voire dans un foyer.

En ce qui concerne le deuxième motif évoqué par la Cour, à savoir le fait que le jugement initial n'avait pas suffisamment expliqué en quoi il était possible d'autoriser le père des enfants à avoir des contacts indirects avec ces derniers, mais pas de contacts directs, la Cour a noté que si la préoccupation de la communauté était de protéger les enfants en évitant qu'ils ne prennent connaissance des questions relatives aux personnes transgenres et n'y soient exposés, il ne fait aucun doute que les contacts indirects comportent les mêmes risques que les contacts directs.

La Cour a aussi conclu que la décision initiale du juge de ne pas autoriser de contacts directs était prématurée et qu'il était possible de tendre vers des contacts directs. Suite au jugement initial, le Centre Anna Freud a dû travailler avec les enfants pour les aider à comprendre le changement de sexe de leur père et la Cour d'appel a considéré qu'il était important de réexaminer la question des contacts directs une fois ce processus terminé.

La Cour a considéré qu'il était regrettable que le juge ne se soit pas directement penché sur les questions relatives aux droits de l'homme et les preuves de discrimination qui ont été apportées au cours de la première audience. Par ailleurs, la Cour a présenté des lignes di-

rectrices sur comment le tribunal de la famille devrait prendre en compte les questions de droits de l'homme soulevées dans l'affaire pour statuer de nouveau. Le tribunal de la famille sera tenu de déterminer s'il y a eu une forme quelconque de discrimination, en violation de la loi sur l'égalité, qui inclurait l'exclusion des enfants de leur école. La Cour d'appel a également fourni des indications sur l'application des dispositions de non-discrimination en vertu de la loi sur les droits de l'homme, ainsi que sur l'application du droit à la liberté de religion, à la vie privée et à la vie familiale.

#### Notes :

Le résumé de CRIN du jugement initial du tribunal de la famille est disponible ici (en anglais). Lien vers l'intégralité du jugement de la Cour d'appel (en anglais) : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/2164.html>

### 3. INNOVATIONS ORGANISATIONNELLES ET METHODOLOGIQUES (LES BONNES PRATIQUES), INCLUANT CELLES CONCERNANT LA FORMATION

#### 3.1. La spécialisation des juges et des procureurs en matière de justice juvénile

Theresia Höyinck - Allemagne



La spécialisation des professionnels impliqués dans les procédures pénales concernant des jeunes est exigée par des conventions internationales variées et, dans certains pays comme en Allemagne et en Autriche, par le droit national. Par spécialisation, nous entendons la connexion de deux éléments : des compétences spéciales en ce qui concerne les enfants en conflit avec la loi et une organisation des affaires telle qu'une partie significative des affaires traitées appartient au domaine de la justice juvénile. En Allemagne, la nécessité d'une telle spécialisation a été reconnue pour mettre en œuvre le « principe d'éducation » (« Erziehungsgedanke ») qui est au centre de la loi sur la justice juvénile (« Jugendgerichtsgesetz », JGG). Pour les juges des enfants et les procureurs chargés d'instruire des affaires impliquant des jeunes,

il existe des exigences légales explicites en ce qui concerne la spécialisation (§§ 36, 37, JGG). Néanmoins, il a été montré de façon répétée par la recherche et il est bien connu dans la pratique qu'en réalité, seule une minorité de juges et de procureurs s'occupant d'affaires dans les tribunaux pour enfants sont spécialisés. Cet article propose un bref aperçu de la situation légale et factuelle et des débats autour de la spécialisation des juges et des procureurs, ainsi que d'autres professionnels du système de justice juvénile en Allemagne.

##### La situation légale en Allemagne

La loi sur la justice juvénile (JGG) contient des dispositions spéciales pour les tribunaux pour enfants en ce qui concerne la procédure pénale et les sanctions applicables. Dans les tribunaux pour enfants, sont jugées les infractions commises par des jeunes (âgés de 14 à 17 ans, « Jugenliche ») et par des jeunes adultes (âgés de 18 à 20 ans, « Heranwachsende »)<sup>117</sup>. Le § 37 de la JGG, qui traite des conditions pour la nomination des juges des enfants et des procureurs chargés d'instruire des affaires impliquant des jeunes, indique qu'ils « doivent être qualifiés dans le domaine de l'éducation et expérimentés dans l'éducation des jeunes ». Le § 35 (2) de la JGG propose la même chose pour les juges non professionnels (« Schöffen ») qui sont membres du tribunal lors d'affaires graves<sup>118</sup>. Des lignes directrices précisent les types de connaissance attendues qui doivent relever des domaines suivants : éducation, psychologie de l'enfant, pédopsychiatrie, criminologie et sociologie.

À part les juges et les procureurs, d'autres professionnels coopèrent dans des affaires concernant des jeunes : la police, les travailleurs sociaux et les avocats. La police, qui mène les enquêtes, est impliquée dès les premières étapes des procédures. En cas de déjudiciarisation, les policiers sont parfois les seuls professionnels à entrer en contact avec les jeunes. Toutefois, en dehors des affaires de moindre gravité, les travailleurs sociaux sont généralement impliqués dans les affaires pénales concernant des enfants. Ils ne font pas partie du système de justice, mais de la

Theresia Höyinck est professeure de droit de l'enfance et de la jeunesse à l'Université de Kassel, en Allemagne, et présidente de l'Association Allemande des Cours de la Jeunesse

115. Cf. art. 40 paragraphes 1 et 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, n° 63 des Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants et art. 20 de la Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

116. Par exemple, en Allemagne, § 37 de la loi sur la justice juvénile (JGG), PDV 382, en Autriche, § 30 JGG.

protection de l'enfance. Selon le § 38 de la JGG, les intervenants de la protection de l'enfance sont censés participer aux procédures pénales impliquant des enfants dès le début des procédures. Leurs principales tâches sont de soutenir le jeune, en apportant des informations sur le jeune au Parquet et aux tribunaux, et en mettant en œuvre des mesures alternatives. La présence des avocats n'est pas la règle dans les tribunaux pour enfants allemands, en particulier dans les tribunaux de district. Ils sont seulement impliqués dans environ un cinquième des affaires.<sup>120</sup>

Au sein de la législation applicable aux services de police, il existe des lignes directrices nationales (PDV 382<sup>121</sup>, actuellement en révision) pour le travail de la police dans les affaires concernant des enfants. L'art. 1.2 des lignes directrices précise que ces affaires devraient être traitées par des officiers de police spécialement formés (« Jugendsachbearbeiter »). Le type de formation n'est pas précisé et il n'existe pas de système de formation officiel au sein de la police dans des domaines particuliers. On considère que la loi sur la justice juvénile concerne également la police de façon indirecte, car la police mène la plupart des enquêtes pour les procureurs qui, selon le § 37 de la JGG, devraient être spécialement formés.

En Allemagne, il existe un système établi de spécialisation des avocats dans certains domaines du droit. Il n'est pas absolument nécessaire d'être un avocat spécialisé pour travailler sur des affaires spécifiques, mais environ un tiers des avocats<sup>122</sup> est spécialisé dans un ou plusieurs domaines du droit, devenant ainsi un avocat spécialisé (« Fachanwalt »). Ceci requiert de l'expérience et une formation continue dans le domaine concerné. En Allemagne, il existe par exemple une spécialisation en droit pénal. Les avocats doivent suivre 120 heures de formation théorique et passer trois examens de cinq heures chacun. Un des thèmes concerne le droit pénal pour enfants, mais il est de moindre importance. Les avocats doivent aussi prouver qu'ils possèdent une expérience pratique : sur une période de trois ans, ils doivent avoir traité 60 affaires

de droit pénal (§§ 4 ff. FAO). S'ils ont terminé leur formation et traité le nombre d'affaires requis, la formation continue demeure nécessaire. Pour garder le titre d'avocat spécialisé (« Fachanwalt »), ils doivent suivre au moins dix heures de formation continue avancée chaque année (§ 15 FAO).

En ce qui concerne les travailleurs sociaux qui participent à des affaires pénales impliquant des enfants, un article très général s'applique à tous les professionnels travaillant dans le système de protection de l'enfance : le § 72 (1) du Code social (SGB) VIII (« Fachkräftegebot ») prévoit de façon générale que hors qualification formelle (habituellement celle de travailleur social), les professionnels de la protection de l'enfance devraient avoir les connaissances spécifiques et les qualités personnelles nécessaires pour assumer leurs responsabilités<sup>123</sup>, qui ne sont toutefois pas définies.<sup>124</sup>

#### La situation factuelle en Allemagne

La formation initiale pour tous les professionnels travaillant dans des affaires de justice juvénile – police, travailleurs sociaux, juges, procureurs et avocats – est une formation générale. Les cursus des universités ou des écoles permettent parfois de se spécialiser, mais la plupart des diplômés sont généralistes, si bien qu'il est assez clair que toute forme sérieuse de spécialisation devra se faire sur le tas.

En Allemagne, les étudiants en droit reçoivent une formation générale en droit civil, droit pénal et droit administratif. Ils peuvent choisir certains cours de spécialisation, mais l'examen d'État final (« erstes Staatsexamen », considéré comme l'équivalent du master) couvre toujours la totalité des domaines du droit. Il en va de même pour la formation pratique de deux ans, que presque tous les étudiants en droit suivent après l'université (« Referendariat »), et qui se conclut par un autre examen (« zweites Staatsexamen »).

Les travailleurs sociaux sont formés dans les universités ou hautes écoles spécialisées. Pour la plupart des postes, la licence suffit, la plupart des programmes ne sont pas spécialisés et proposent des diplômés généralistes en

117. Pour une introduction générale au système de justice juvénile en Allemagne, voir Dünkel, F. *Criminology and Criminal Justice, Juvenile Justice and Juvenile Delinquency, International and Comparative Criminology*, 2016.

118. La grande majorité des affaires concernant des enfants est traitée par voie de déjudiciarisation ou devant les tribunaux locaux avec un juge unique. En Allemagne, les juges et les procureurs sont des fonctionnaires.

119. Richtlinie zum JGG vom 18.07.1994; <https://bravors.brandenburg.de/de/verwaltungsvorschriften-216055>.

120. Ce chiffre concerne l'année 2006, les données actuelles ne sont pas disponibles ; Eisenberg JGG, 20. Aufl. 2018, JGG § 68 par. 8.

121. <http://www.dvjj.de/sites/default/files/m Medien/imce/documente/downloads/PDV-382.pdf>, 15.10.2018.

122. [https://www.brak.de/w/ files/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2018/verteilung\\_fae.pdf](https://www.brak.de/w/ files/04_fuer_journalisten/statistiken/2018/verteilung_fae.pdf), 05.11.2018

travail social. La formation des policiers a lieu dans des écoles spéciales de police gérées par les États fédéraux (« Bundesländer »), il n'y a pas de spécialisation à ce niveau.

En Allemagne, les preuves empiriques concernant le degré de spécialisation des juges et des procureurs en matière de justice pour enfants sont rares, les données officielles à ce sujet n'existent pas. Cependant, certains points ont régulièrement suscité l'intérêt de la recherche. L'étude la plus récente sur ce thème a été menée en 2013.<sup>125</sup>

Cette étude a révélé que moins de 20 pour cent des procureurs et environ 13 pour cent des juges interrogés avaient participé à une formation de spécialisation quelle qu'elle soit.<sup>126</sup> Pour ceux qui avaient participé à une formation, cette dernière n'avait duré que quelques jours. Pour ceux qui n'avaient participé à aucune formation, les raisons étaient variées. Les plus importantes étaient le nombre trop grand d'affaires à traiter, l'absence de programme adapté et des raisons d'ordre privé. Fait intéressant, les juges et les procureurs plus âgés étaient plus susceptibles de suivre une formation de spécialisation. Cela pourrait être dû à des nominations plus longues pour des affaires juvéniles et à moins d'obligations familiales (travail à temps partiel, enfants en bas âge, assez souvent, la formation ne se déroule pas pendant des heures normales de travail).

L'investissement dans une formation spécialisée n'a véritablement de sens que si les connaissances acquises contribuent à un grand nombre d'affaires. En Allemagne, seule une minorité de juges et de procureurs responsables d'affaires juvéniles ne traitent que d'affaires pénales impliquant des enfants. En 2013, 38 pour cent des procureurs responsables des affaires juvéniles et 28 pour cent des juges des enfants exerçaient à temps plein dans ce type d'affaires.<sup>127</sup> Ceux qui ne traitaient pas uniquement d'affaires juvéniles passaient en moyenne la moitié du temps de leur travail à d'autres affaires. Une raison à cela est le fait que les petits tribunaux de district n'ont simplement pas assez d'affaires pour qu'un juge des enfants exerce à temps plein. Toutefois, dans

les tribunaux plus importants aussi, on tend à une affectation flexible du personnel selon les besoins pour faire face aux défis organisationnels des tribunaux.<sup>128</sup>

En ce qui concerne les institutions qui coopèrent avec les tribunaux pour enfants, nous ne disposons que de quelques données sur la spécialisation : s'agissant des travailleurs sociaux impliqués dans le processus de prise de décision (« Jugendgerichtshilfe », voir ci-dessus), le problème de la spécialisation doit être posé au sein d'un débat général sur l'organisation de la protection de l'enfance. Alors que des services spécialisés, par exemple pour les affaires pénales concernant des enfants ou pour les familles d'accueil, sont vus comme un avantage au regard des compétences spécialisées nécessaires, ils contredisent l'idée d'avoir un professionnel responsable pour une personne ou une famille. Selon deux enquêtes récentes, environ 50 à 60 pour cent des services dans les affaires pénales juvéniles sont organisés en unités séparées spécialisées<sup>129</sup>, les autres faisant partie d'une unité plus générale proposant des services de protection de l'enfance avec plus ou moins de spécialisation au sein de l'unité.

Des mesures alternatives sont fréquemment proposées non pas par des services publics de protection de l'enfance, mais par des institutions privées. Le marché de la protection de l'enfance est soumis à la pression économique et a favorisé les grands fournisseurs de services flexibles plutôt que les plus petits fournisseurs locaux spécialisés.

En ce qui concerne la police, nous ne disposons que de simples constats.<sup>130</sup> Bien que des officiers et des unités spécialisés existent, ils semblent en déclin. Deux raisons importantes se détachent : une tendance à la spécialisation en fonction de crimes particuliers (plutôt qu'une spécialisation sur les auteurs de ces crimes) et à la diminution du nombre d'autres unités spéciales au sein des services de police.

Compte tenu de tous les points mentionnés ci-dessus, il est important de voir que le domaine de la justice juvénile varie de façon impor-

123. Jox in beck-online. Großkommentar, Hrsg. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, § 72 para. 10.

124. En ce qui concerne la critique sur l'absence de définition claire, voir par exemple : Nonninger in Kunkel/Kepert/Pattar, Sozialgesetzbuch VIII, § 72 para. 23.

125. Cf. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten, Kassel 2014.

126. Cf. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 128.

127. Cf. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 46.

128. Cf. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 46 ff.

tante entre les régions. Un problème majeur réside dans la taille des institutions : les grands sites urbains offrent beaucoup plus d'options pour l'organisation des services que les zones rurales moins peuplées. Les petits districts n'ont souvent pas assez d'affaires concernant des enfants pour disposer d'unités spécialisées et les formations ne sont pas disponibles localement.<sup>131</sup> On voit apparaître une forme de spécialisation intéressante à travers les unités (« Haus des Jugendrechts »), où la police, le procureur et à la protection de l'enfance travaillent dans le même bâtiment sur des affaires impliquant des jeunes.<sup>132</sup>

### Débats législatifs et évolutions

Le dernier débat législatif national sur la question de la spécialisation a eu lieu en 2011. Un des points principaux était l'amendement des § 36 et 37 de la JGG portant sur la spécialisation obligatoire des juges et des procureurs pour enfants. Le projet, proposé par le gouvernement fédéral<sup>133</sup> a été fortement combattu par les États (« Bundesländer ») qui sont responsables de l'organisation et du financement du système judiciaire. Ils ont mis en avant le coût et des problèmes administratifs majeurs. En fin de compte, seul un amendement mineur a été apporté à la loi concernant les procureurs impliqués dans des affaires juvéniles. Pendant leur première année, les procureurs ne pourront plus être responsables d'affaires concernant des enfants. À ce jour, il n'y a pas eu de nouveau projet de loi. Le projet<sup>134</sup> en préparation visant à transposer la Directive de l'UE 2016/800 évite également de proposer davantage de normes obligatoires, et l'on peut douter que, dans la pratique, l'article 20 de la Directive sur la formation ne soit respecté en Allemagne. Certains avancent que le débat de 2011 a amélioré la situation en ce qui concerne la formation et qu'une nouvelle tentative de modification de la loi n'obtiendrait pas le soutien nécessaire du parlement.

La spécialisation n'est pas seulement une question de droit des enfants, elle est aussi discutée dans d'autres champs du droit, en particulier le droit de la famille. Ici aussi, un débat législatif a eu lieu à propos d'exigences lé-

gales formelles mais aucune loi n'a suivi. Seule une résolution émanant de la commission juridique a déclaré qu'une telle législation devrait être promulguée à l'avenir<sup>135</sup>. Pendant la même période, une loi requérant la spécialisation des juges traitant des affaires d'insolvabilité a été acceptée par le parlement dans le cadre d'une réforme majeure du droit de l'insolvabilité.<sup>136</sup> Depuis janvier 2013, le §22 (6) de la GVG prévoit que les juges ne sont pas autorisés à traiter des affaires d'insolvabilité durant leur première année d'exercice. Ils devraient posséder des connaissances en droit de l'insolvabilité, en droit commercial et en droit des sociétés, ainsi que des connaissances de base dans certaines parties du droit du travail, du droit social, du droit fiscal et en comptabilité. Si un juge ne peut pas faire la preuve de ces connaissances, il/elle ne peut avoir la responsabilité d'affaires d'insolvabilité que dans la mesure où il/elle acquerra bientôt ces connaissances. Évidemment, c'est presque une obligation à minima, en particulier parce qu'il n'y a pas de mécanisme formel de contrôle. Les débats et les évolutions récentes ont surtout clairement montré que les obligations de spécialisation dans le système juridique ont très peu de chances d'être légalement codifiées de manière stricte, même si la nécessité de posséder des connaissances spécialisées est largement acceptée.

### Conclusion et implications

Bien que la nécessité de la spécialisation dans le système de justice juvénile allemand soit indiscutable, il existe d'importants problèmes relatifs à sa mise en application. La principale raison réside dans la faiblesse des exigences légales, le fait que les institutions ont d'autres priorités administratives, et le manque de possibilités de formation. Il n'existe pas de culture de formation continue systématique et régulière, en particulier pour les juges et les procureurs. Cela conduit au fait que la spécialisation telle que requise par la Directive de l'UE 2016/800 ne peut en aucun cas être considérée comme pleinement respectée, bien qu'un grand nombre d'initiatives de formation soient mises en œuvre. Des clarifications au niveau législatif seraient extrêmement utiles pour promouvoir des changements concrets – les débats pas-

129. Cf. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarmeter, p. 75.

130. Eisenberg, JGG Kommentar, Einl. para. 26.

131. La formation en ligne commence seulement à apparaître comme une option possible.

132. Ces projets sont habituellement situés en ville et ont fait l'objet de controverses. La critique porte sur la clarté des différents rôles et les droits des professionnels impliqués. (<https://www.dvjj.de/veroeffentlichungen/stellungnahmen/haeu-ser-des-jugendrechts-ri-siken-und-nebenwirkungen-beachten>). BT-Drs. 213/11

133. BT-Drs. 213/11

134. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verfahrensrechte\\_Jugendstrafverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verfahrensrechte_Jugendstrafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1)  
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809092.pdf> p. 8

sés ne laissent pas entendre que cet objectif est applicable. Il reste à espérer que le débat à venir sur la question, et les rapports obligatoires sur l'application de la Directive donneront une impulsion aux améliorations observées au cours des dernières années en termes de possibilités de formation et d'incitations offertes par le système à suivre une formation.

#### Ouvrages cités

Dünkel, Frieder, *Criminology and Criminal Justice, Juvenile Justice and Juvenile Delinquency, International and Comparative Criminology*, 2016.

Eisenberg, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz JGG*, 20. Auflage 2018.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), Jox, Rolf/Wellenhofer, Marina (Hrsg.), *beck-online. Grosskommentar SGB VIII*, 2018.

Höynck, Theresia/Leuschner, Fredericke, *Das Jugendgerichtsbarometer. Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten*, Kassel 2014.

Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Auflage 2018.

## 3.2. Lignes directrices sur les enfants en contact avec la justice Derniers développements – votre aide est la bienvenue!

Avril Calder- Royaume-Uni



Avril Calder served as a Magistrate in London for 35 years, sitting exclusively in two specialised courts—the Inner London Youth Court and the Family Proceedings Court. In 2014 she was elected President of IAYFJM, having been Treasurer and Editor-in-Chief of the Association's journal the *Chronicle* from 2006 until 2018 (avril.calder@btinetrent.com)

Jean-François Noël détient un baccalauréat et une maîtrise en droit de l'Université de Montréal, de même qu'un baccalauréat en sciences sociales (criminologie) de l'Université d'Ottawa. Il a été admis au Barreau du Québec en 1995 et a été nommé le 10 mai 2018 comme juge à la Cour du Québec siégeant principalement à la chambre de la jeunesse (Gatineau) [jean-francois.noel@judex.qc.ca](mailto:jean-francois.noel@judex.qc.ca)

Jean-François Noël – Canada



136. «Cherement de Sanierung von Unternehmen» (ESUG).

Chers membres,

Où en sommes-nous?

Lors de la dernière Assemblée générale tenue en marge du Congrès mondial à Paris en mai

2018, il a été convenu que j'allais explorer différentes pistes dans le but de promouvoir l'utilisation de nos Lignes directrices sur les enfants en contact avec la justice.

Comme vous le savez, les Lignes directrices ont été ratifiées en 2017 et publiées sur notre site web<sup>137</sup> en anglais, français et espagnol ainsi qu'en italien et en croate, gracieuseté de nos associations italienne (en italien : [http://www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode\\_full/id\\_1229/](http://www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode_full/id_1229/)) et croate (en croate: <http://uszm.hr>). Elles sont également maintenant disponibles en arabe grâce à la firme White & Case et au professeur Hynd Ayoubi Idrissi du Comité des droits de l'enfant. Chaque délégué au Congrès mondial a d'ailleurs reçu une copie des Lignes directrices dans l'un ou l'autre des trois langues de l'association; elles ont également été distribuées en arabe gracieuseté de Taghreed Jaber de Prison Reform International (PRI).

L'accueil réservé à nos lignes directrices est fort encourageant. La professeure Helen Stafford, auteure de l'ouvrage *Rewriting Children's Rights Judgments*<sup>138</sup> publié la même année, m'a même écrit afin d'exprimer son regret et celui de ses co-auteurs à l'effet qu'ils n'ont été informés de l'existence de nos Lignes directrices qu'après que l'ouvrage soit déjà sous impression.

La professeure Stafford ainsi que la professeure Kathryn Hollingsworth (co-auteure) ont d'ailleurs uni leurs voix à celle du professeur Jean Trépanier, président du groupe de travail ayant rédigé les Lignes directrices, dans le cadre de l'atelier sur l'utilisation des Lignes directrices par les juges et autres professionnels œuvrant dans le domaine de la justice pour les jeunes. Cet atelier, présenté dans le cadre du Congrès mondial à Paris, a fait salle comble avec plus de 50 participants dont plusieurs ont été contraint de rester debout!

Renee Sabbagh<sup>139</sup> (ONU-DC) était du nombre et elle a depuis invité le professeur Trépanier à venir parler des Lignes directrices lors d'une session de formation de trois jours pour les juges et les travailleurs sociaux à Bierut.

## L'avenir des Lignes directrices

J'ai discuté des diverses possibilités avec notre membre le juge Jean-François Noël, du Canada. Le juge Noël possède une vaste expérience dans la collaboration avec l'ONU (en particulier l'ONU-DC) et il a déjà été Directeur général du Bureau international des droits des enfants (IBCR) basé à Montréal. J'ai également discuté de la question avec notre ancienne présidente, la juge Renate Winter, actuelle présidente du Comité des droits de l'enfant de l'ONU.

### Les options en cours de considération:

- L'adoption par l'ONU s'avère une option beaucoup trop coûteuse – environ 500,000US\$. Des efforts importants seraient en effet requis pour convaincre les États membres de défendre la cause devant l'Assemblée générale de l'ONU. La juge Marta Pascual, présidente de notre Association, partage notre avis que cette option est hors de notre portée.

- La collaboration avec d'autres initiatives. Le juge Noël s'est entretenu avec monsieur Guillaume Landry, actuel DG de l'IBCR, qui a développé (avec l'appui financier de La Francophonie) un ensemble de compétences-clefs des procureur(es) et des juges dans leurs interventions auprès d'un enfant. L'ONU-DC est également impliqué dans le projet. L'IBCR a également développé des compétences clefs pour d'autres professionnels qui œuvrent auprès des enfants. La publication est pour le moment disponible uniquement en français mais la version anglaise devrait être disponible plus tard en janvier. J'espère alors avoir des discussions avec le juge Noël et monsieur Landry afin d'explorer des pistes de collaboration.

- Par ailleurs, nous avons également entrepris des discussions préliminaires avec l'ONU-DC à Vienne afin d'explorer l'idée d'une publication sur les Lignes directrices en collaboration avec l'ONU-DC. D'autres organisations (comme l'Unicef, par exemple), pourraient peut-être se joindre à nous.

- La juge Renate Winter a également discuté des Lignes directrices avec le ministre

137. [http://www.aimjf.org/download/Documentation\\_EN/AIMJF/Guidelines\\_-\\_ENG\\_-\\_Ratified\\_17.04.26.pdf](http://www.aimjf.org/download/Documentation_EN/AIMJF/Guidelines_-_ENG_-_Ratified_17.04.26.pdf)

138. *Rewriting Children's Rights Judgment*, from *Academic Vision to New Practice*, Helen Stafford, Kathryn Hollingsworth & Stephen Gilmore, ISBN 978-1-78225-925-1

139. UNODC Regional Office for the Middle East and North Africa, Renee Sabbagh, Project Coordinator.

des Affaires internationales de l'Autriche, dans le but de permettre à l'ONU de faire référence « officiellement » aux Lignes directrices, notamment dans le cadre des travaux du Comité des droits de l'enfant (dans ses commentaires, par exemple). Cette avenue n'est pas sans embûches mais Renate s'en occupe.

Bref, il nous revient de saisir toutes les occasions possibles pour faire la promotion des Lignes directrices. Les occasions de formation comme ce fut le cas à Bierut sont un bon exemple. La distribution des copies de nos Lignes directrices aux personnes en position d'influence aussi. À titre d'exemple, en novembre 2018, j'ai eu l'occasion de remettre une copie au président par intérim de la Cour Suprême de la Géorgie, alors que j'étais invitée à prendre la parole comme experte dans le cadre d'un programme de l'UE dirigé par Renate.

Pour plusieurs d'entre nous, il est possible de faire référence aux Lignes directrices dans le cadre de notre travail quotidien. Ainsi, Leo Ratledge, Legal Officer pour Child Rights International (CRIN), mentionne qu'il en a une copie sur son bureau à laquelle il fait référence au besoin. Nous pouvons également y faire référence dans le cadre de nos discussions et rencontres avec les acteurs politiques, les représentants du milieu académique, les travailleurs sociaux, etc.

Il y a peut-être lieu également de chercher un mécène pour nous aider à traduire les Lignes directrices dans d'autres langues, tout en s'assurant d'une traduction de qualité professionnelle et approuvée par l'AIMJF, de concert avec un suivi dans le cadre de sessions de formation appuyées par nos membres pour en faire la promotion. Sans compter, évidemment, la collaboration avec des ONG telles Terre des hommes (Tdh), PRI, Defence for Children International (DCI) et CRIN pour en faire la promotion à travers leurs propres réseaux.

Comment vous pouvez aider

Comme vous pouvez le constater, les nouvelles sont encourageantes. Toutefois, afin que nos Lignes directrices soient plus largement connues et utilisées, elles doivent être endos-

sées par une ou plusieurs organisations internationales ou fédérales en lien avec les enfants et la justice. L'ONU représente la solution idéale mais tel qu'expliqué précédemment, il s'agit d'un but difficile à atteindre.

J'invite donc les membres à réfléchir aux diverses organisations œuvrant dans leur région et à proposer comment nous pouvons les approcher. Je pense entre autres à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, aux Commissaires des droits de l'enfant, aux instituts des droits de l'enfant (souvent associés à des universités) ou encore aux institutions fédérales pertinentes aux États-Unis, en Europe, au Brésil ou au Afrique.

Peut-être devrions-nous mettre en place un groupe de travail international pour discuter et coordonner nos efforts en ce sens?

Si vous êtes déjà impliqué dans la promotion des Lignes directrices, le juge Noël et moi vous invitons à partager vos expériences et vos suggestions, notamment en ce qui concerne vos contacts auprès de personnes influentes.

Je vous offre mes plus sincères salutations, votre toute dévouée et 'retraitée'

Avril et Jean-François

## 4. SUJETS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

### 4.1. APPROCHES THÉORIQUES

#### 4.1.1 L'autonomie progressive des enfants et des adolescents, et le droit civil : l'expérience argentine

Marisa Herrera- Argentine



##### 1. Introduction

Le principe de l'autonomie progressive (AP) constitue un impératif constitutionnel et conventionnel et, en tant que tel, est à la base de toute réglementation en matière de droits des enfants et des adolescents. Cette obligation a fait une percée importante dans le Code civil et commercial argentin (CCyC) qui est en vigueur depuis le 1er août 2015, à tel point que l'AP occupe une place centrale dans le protagonisme juridique et civil des personnes mineures (et en particulier des adolescents), et a une forte incidence sur les relations entre les progéniteurs<sup>140</sup> et les enfants dans tout ce qui a trait à l'exercice des droits les plus personnels.

Rappelons que le principe d'AP s'insère dans un ensemble à trois piliers sur lesquels reposent les droits des enfants et des adolescents, et qui peut être représenté par le graphique qui suit :



Il est évident que les enfants, de par leur âge et leur niveau de maturité avancés, ont le discernement nécessaire pour être à même de comprendre et, par conséquent, pour exercer des droits déterminés avant d'avoir atteint la pleine capacité civile qui a été établie par la loi n° 26.579 (2009) à l'âge de 18 ans. Cet argument à caractère sociologique est expressément reconnu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>141</sup> (ci-après « Cour IDH ») dans son avis consultatif n° 17, au paragraphe 101, où elle indique que : « [é]videmment, il existe une grande variété de niveau de développement physique et intellectuel, d'expériences et d'informations acquises parmi ces personnes que l'on regroupe [dans le concept d'enfant]. La capacité de décision d'un enfant de 3 ans n'est pas la même que celle d'un adolescent de 16 ans. C'est pour cette raison que la portée de la participation d'un enfant dans les procédures doit être nuancée de façon raisonnable, pour atteindre la protection effective de l'intérêt supérieur de l'enfant, objectif ultime du droit international des droits de l'homme dans ce domaine. »

Ce sont précisément les adolescents qui, pour des raisons psychosociales, jouent un rôle plus important, conformément au principe de l'AP. C'est ce que souligne l'Observation générale n° 20/2016 sur la mise en œuvre des droits

Marisa Herrera est Docteur en droit (UBA) ; chercheuse au Conseil national argentin de la recherche scientifique et technique (CONICET) ; professeure à la faculté de droit de l'UBA, à la faculté des sciences économiques et juridiques de l'UNLPam et de l'Université nationale d'Avellaneda.

140. Il faut rappeler que depuis le milieu des années 2010, le mariage entre personnes de même sexe est reconnu par la loi n° 26.618, d'où l'acceptation qu'un enfant puisse avoir des progéniteurs de même sexe et l'utilisation de la notion de « progéniteurs » en tant que terme neutre, plutôt que les concepts de « père » et de « mère »

de l'enfant pendant l'adolescence<sup>142</sup> du Comité des droits de l'enfant dans laquelle il met en évidence que « [l]es approches adoptées pour garantir la réalisation des droits des adolescents diffèrent sensiblement de celles qui visent les plus jeunes enfants » (fin du paragraphe 1), qu'« il est difficile de donner une définition de l'adolescence et que les enfants parviennent à la maturité à des âges différents (...). La transition entre l'enfance et l'âge adulte est influencée par le contexte et l'environnement, ce dont témoignent les grandes disparités en matière d'attentes culturelles concernant les adolescents entre les législations nationales, qui prévoient des seuils différents pour l'accès aux activités réservées aux adultes, et entre les organismes internationaux qui, pour définir l'adolescence, renvoient à des tranches d'âge différentes. La présente observation générale ne s'attache donc pas à définir l'adolescence mais se concentre sur la période de l'enfance comprise entre 10 ans et 18 ans pour favoriser la cohérence en ce qui concerne la collecte de données. » (paragraphe 5).

Ainsi, le Comité approfondit l'étude sur l'article 5 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>143</sup>, qui se réfère précisément au principe d'autonomie, en avançant que « respecter le fait que les capacités des adolescents évoluent » implique que l'on définisse : a) « le développement des capacités en tant que principe de base qui renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des compétences, la capacité de comprendre et une aptitude croissante à prendre des responsabilités et à exercer leurs droits » (paragraphe 18) et que l'on considère que pour b) « trouver le juste équilibre entre le respect du développement des capacités des adolescents et une protection appropriée, il conviendrait de tenir compte de tout un éventail de facteurs qui ont des incidences sur la prise de décisions, notamment le niveau de risque encouru, les risques d'exploitation, la connaissance du développement des adolescents, la conscience du fait que les compétences et la compréhension ne se développent pas obligatoirement de la même manière et au même rythme dans tous les domaines, ainsi que la prise en considération de

l'expérience et des capacités de chacun. » (paragraphe 20).

Comment matérialiser ce principe complexe qu'est l'AP sur le plan législatif national, en particulier dans le domaine du droit civil ? Comment parvenir à une norme équilibrée dans le cadre d'un concept juridique indéterminé tel que l'AP ? Et cela, à plus forte raison, quand on sait combien il est si négatif de refuser l'exercice de leurs droits aux personnes mineures qui seraient en mesure de les exercer d'un point de vue psychosocial, tout comme il est négatif, à l'inverse, d'octroyer cet exercice à ceux qui ne sont pas encore prêts pour cela. Ces deux extrêmes portent clairement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est un principe fondamental des droits de l'enfant.

## 2. L'autonomie progressive depuis le volet civil

D'un point de vue juridico-civil et en réponse à la réalité sociale inéluctable décrite dans le paragraphe précédent, il est possible de défendre la position adoptée par le CCyC, qui différencie la notion d'enfant (les personnes de moins de 13 ans) de celle d'adolescent (les personnes entre 13 et 18 ans). Des législations variées ont emprunté cette ligne législative, qui permet d'adopter une réglementation plus en accord avec cette réalité et, par conséquent, de permettre l'exercice de certains droits à une catégorie (les adolescents) et pas à l'autre (les enfants) ; de plus, reconnaître la catégorie d'adolescent fait présumer le niveau de maturité, de sorte que certains actes ne sont pas interdits aux personnes de moins de 13 ans si elles ont la maturité requise. Il en résulte que l'âge constitue un élément indicatif non rigide pour permettre ou interdire l'exercice de droits par les personnes mineures.

Dans cette logique, et pour résumer l'état actuel de la question, soulignons que lors du Congrès international du droit de la famille, de l'enfant et de l'adolescent qui s'est tenu à Mendoza du 9 au 11 août 2018, il a été conclu que « la capacité d'exercice est présumée chez la personne âgée de plus de 13 ans, conformément aux dispositions de l'article 677, et en accord avec

141. Cour interaméricaine des droits de l'homme, 28/08/2002, Avis consultatif n° 17 « Condition juridique et droits de l'enfant » disponible (en espagnol) à l'adresse : [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consulté le 01/11/2018.

142. Comité des droits de l'enfant, 06/12/2016, Observation générale n° 20, à l'adresse [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fGC%2f20&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fGC%2f20&Lang=es), consultée le 09/11/2018.

les dispositions de l'article 261 c) du CCyC, normes qui consacrent une présomption "juris tantum" selon laquelle tout adolescent possède l'autonomie suffisante pour intervenir dans un processus conjointement avec les progéniteurs, ou de façon autonome avec une assistance juridique »<sup>144</sup>.

Dès lors, toujours sous l'angle juridico-civil, et en tenant compte de l'interaction certaine entre les concepts de capacité et de représentation qui existe dans ce nouveau scénario législatif que pose le CCyC, traversé par le principe d'autonomie progressive, on pourrait imaginer les graphiques suivants:



Ces graphiques sont directement et indéniablement liés à la figure de la responsabilité parentale, ce qu'établit l'article 639, au point b), en disposant que cette figure est régie par le principe de « l'autonomie progressive de l'enfant selon ses caractéristiques mentales et physiques, ses capacités et son développement. Plus le degré d'autonomie est grand, plus la représentation des progéniteurs dans l'exercice des droits de l'enfant diminue. » Ainsi, le degré de maturité, d'un point de vue sociologique, est reconnu dans la législation civile contempo-

raïne par l'intermédiaire du principe d'autonomie progressive. Il découle de ce principe une certaine flexibilité, étant donné que l'on ne se concentre plus sur l'âge, en tant qu'élément objectif, mais qu'on fait place, au contraire, à un système ouvert en reconnaissant un élément subjectif et poreux (c.-à-d. le degré de maturité). Il est clair que ces deux éléments – objectif (l'âge) et subjectif (le degré de maturité) – sont liés, étant donné que l'âge est une condition importante ou en tout cas une approximation première majeure pour élucider le degré de maturité.

Dès lors, il existerait une rétroaction évidente entre deux concepts clés du principe d'autono-

144. Congrès international du droit de la famille, de l'enfant et de l'adolescent, Commission 1, à l'adresse <http://congresoderechofamilias-mendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-1.pdf>, page (en espagnol) consultée le 08/11/2018.

Le fond du problème consiste à démêler comment ces différents éléments interagissent quand nous faisons face à des actes juridiques qui compromettent le droit à la santé. Selon les dispositions du CCyC, il faut différencier les actes destinés à prendre soin du corps des actes qui excéderaient ce domaine, comme dans le cas des directives anticipées ; cette distinction n'est pas sans controverse. On se retrouve dès lors devant une nouvelle question sans réponse, générée par le CCyC, qui porte essentiellement sur la notion d'« irréversibilité ». Est-il possible qu'un adolescent entre 16 et 18 ans – la tranche d'âge qui est contestée, car l'adolescent est alors traité comme un adulte pour tous les actes concernant les soins de son propre corps (art. 26, dernière partie) – soit en mesure de décider, avec l'intervention d'un notaire, de ne pas recevoir d'assistance et de mourir dans la dignité lorsque son état de santé est très grave ? Cette question ouverte que crée l'entrecroisement simple et complexe à fois de l'autonomie progressive et du droit à la santé, n'est pas unique. Approfondissons un peu plus cette thématique dans le paragraphe suivant.

### 3. L'autonomie progressive et l'exercice du droit à prendre soin de son propre corps

L'article 26 du CCyC constitue une norme essentielle dans le domaine du droit civil en ce qui concerne l'exercice de certains droits par les propres personnes concernées. Bien que cette norme englobe différentes questions, toutes sont liées par le principe d'AP. En gros, les dispositions de l'article réglementent des questions différentes – plus ou moins – interconnectées, qui peuvent être représentées par les graphiques suivants:

145. L'article 7 sur la mise en œuvre du consentement éclairé établit que « Le consentement sera verbal, avec les exceptions suivantes, pour lesquelles il sera écrit et dûment signé : a) internement ; b) intervention chirurgicale ; c) procédures diagnostiques et thérapeutiques invasives ; d) procédures impliquant des risques tels que déterminés par la réglementation de la présente loi ; e) révocation. »

146. Ministère de la Santé, Résolution 65/2015, dans <https://www.boletinoficial.gob.ar/#DetalleNorma/139813/20160108>, consultée le 09/11/2018.



Comme il a été avancé, bien que toutes ces affirmations soient liées au principe d'AP de l'enfant et de l'adolescent, seuls les trois derniers paragraphes réglementent le droit à la santé et ce sont ceux-là qui, dans le même temps, ont généré le plus de questions. Pour quelle raison ? La raison réside dans la mise en pratique de la capacité législative à synthétiser différents actes et décisions se référant au droit à la santé, qui peuvent exister aujourd'hui mais aussi dans l'avenir, dans une norme. Pour parvenir à cette fin, il est évident que la stratégie législative à adopter consiste à élaborer une disposition flexible en recourant à des concepts juridiques indéterminés. Cette position s'oppose à celle qui consisterait à inventorier ou à élaborer une liste d'actes déterminés de façon exhaustive ou purement déclarative.

Le CCyC opte pour une position large basée sur les notions de soins invasifs et non invasifs, ainsi que sur le concept de risque pour la vie ou pour la santé (termes propres au domaine de la santé que l'on retrouve dans l'art. 7 de la loi n° 26.529<sup>145</sup>). Il était certain que des concepts ouverts apporteraient leurs lots de débats interprétatifs nécessaires, c'est pourquoi un document a été élaboré et approuvé par la Résolution 65/2015 du ministère de la Santé de l'époque, le 9 décembre 2015, et publié dans le

Journal officiel le 8 janvier 2016<sup>146</sup>. Le document apporte un éclairage central pour interpréter les critères du CCyC en déclarant que « le critère d'«invasif» [associé au traitement] utilisé dans l'article 26 du CCyC doit s'entendre comme tout traitement qui peut impliquer un risque grave pour la vie ou pour la santé. En effet, ce critère se trouve dans une liste qui ne qualifie pas seulement comme «invasif» le traitement qui compromet l'état de santé mais aussi celui qui provoque un risque grave pour la vie ou pour l'intégrité physique. Par conséquent, ce ministère comprend qu'élargir le type de traitements visés dans l'exception de présomption de capacité revient à restreindre le droit à la santé intégrale et est injustifié.

En ce qui concerne les droits sexuels et reproductifs des adolescents, cette résolution ministérielle « considère que les pratiques de

santé sexuelle et reproductive en général, et notamment toutes les méthodes contraceptives transitoires (y compris les implants et les dispositifs intra-utérins, DIU) ne sont pas des pratiques «invasives qui compromettent l'état de santé» aux termes de l'article 26 du CCyC. Cela implique que dès 13 ans (excepté dans les cas où s'appliquerait une norme spéciale qui accorderait un droit renforcé aux personnes plus jeunes), les adolescent(e)s peuvent avoir accès aux méthodes contraceptives transitoires de façon autonome, tout comme au diagnostic du VIH et au test de grossesse. En ce sens, il est important de rappeler que le ou l'adolescent(e), avec les conseils d'un(e) professionnel(le), déterminera, selon les conditions du cas concret, la méthode la plus adéquate. Cette décision sera prise sur la base de critères d'éligibilité (critères techniques fondés sur des preuves) et de l'acceptabilité par le ou l'adolescent(e) de chaque méthode. »

Il faut signaler qu'il existe un thème spécifique que n'aborde pas ce document et pour lequel il n'existe pas d'unanimité dans la doctrine. Il s'agit de la stérilisation définitive (ligature des trompes et vasectomie). En effet, la loi n° 26.130 qui régit cette question exige la majorité, comme l'indique clairement le premier article : « Toute personne majeure a le droit d'accéder aux pratiques dénommées «ligature des trompes de Fallope» et «ligature des canaux déférents ou vasectomie» au sein des services du système de santé ». L'article 2, qui énonce les conditions d'accès à ces pratiques, réaffirme par ailleurs qu'elles concernent la « personne capable et majeure qui en fait formellement la demande, le consentement éclairé de ladite personne étant une condition préalable sine qua non. » La question qui se pose est de savoir si la majorité doit être soutenue, étant donné qu'une loi spéciale la pose en condition absolue, ou si elle devrait passer en second plan. Dans cette deuxième optique, ces pratiques devraient être accessibles aux personnes dès l'âge de 16 ans, car elles relèvent des droits sexuels et reproductifs et, par conséquent, des soins qui concernent le propre corps de l'adolescent, conformément à l'article 26 du CCyC.

Dans le cas d'une décision portant sur la réali-

147. Sur cette question et en particulier en lien avec l'autonomie progressive et l'article 26 du CCyC, on recommande la lecture de : Valente, Soledad, «Autonomía Progresiva y Paternalismo Justificado. ¿Una tensión irreconciliable?», RDF 84, mai 2018, Abeledo Perrot- Thomson Reuters, Buenos Aires, p. 65 et pages suivantes.

sation d'une stérilisation définitive, aux conséquences graves de par son caractère irréversible, et à la lumière d'un certain « paternalisme justifié »<sup>147</sup>, on s'accorde sur la décision législative requérant la majorité.

#### 4. Conclusions provisoires

Beaucoup d'eau a coulé sous les ponts en ce qui concerne l'autonomie progressive depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant et en particulier son article 5 ; on notera certains jalons jurisprudentiels comme l'affaire *Gillick v. West Norfolk and Wisbesh Area Health Authority* de 1985, marquant la naissance du concept de « Gillick competence » (expression gardée en anglais), qui a déclenché une crise, dans le domaine du droit civil, en ce qui concerne le binôme capacité-incapacité juridique, en admettant que le fait de ne pas avoir atteint la pleine capacité juridique n'était pas un obstacle en soi pour exercer des actes déterminés liés aux droits les plus personnels, notamment le droit à la santé.

L'article 26 du CCyC constitue un bon exemple normatif défiant la réglementation classique, conservatrice et fermée qui associait généralement les personnes mineures à une idée d'incapacité de fait.

La législation civile, depuis le prisme constitutionnel-conventionnel, a dû opérer un virage à 180 degrés dans plusieurs thématiques, et notamment dans les relations familiales et les droits des enfants et des adolescents, les deux étant évidemment liés. Il en est ainsi de la notion de pluralité des formes d'organisation familiale, traversée par le principe d'égalité et de non-discrimination, qui a révolutionné le droit des familles à tel point qu'il est plus adéquat de parler de « droit des familles » aujourd'hui plutôt que de parler du « droit de la famille ». En matière de droits fondamentaux des enfants et des adolescents, le soulèvement est venu du principe d'autonomie progressive. Cette rupture a été d'une telle envergure et profondeur que des voix s'élèvent encore à l'encontre de ce principe, car il est bien connu que les changements et, par conséquent, le développement de nouveaux piliers ou fondamentaux, entraî-

nent toujours dans leur sillage la peur et quelques inconvénients théoriques.

Comme le disait il y a longtemps le génie Albert Einstein : « Il est plus facile de désintégrer un atome qu'un préjugé ». Certains préjugés sur les personnes mineures et en particulier sur les adolescents persistent, car ce sont avant tout eux qui exercent par leurs actes une pression sur les modèles et qui génèrent des craintes. Or, sans cela, le principe d'autonomie progressive n'existerait pas au sein de l'État démocratique. La liberté est aussi complexe que cela.

### 4.1.2. « Le rôle de l'État dans la réalisation des droits de l'enfant et de l'adolescent – L'enfant trans' – L'intégration de la perspective de l'enfant et de l'adolescent »

Gabriela Yuba – Argentine



Résumé:

L'article décrit comment la question de l'enfant trans' est abordée dans une école publique d'Ushuaïa de manière interdisciplinaire et interinstitutionnelle, depuis le rôle de l'État qui a obligation de protéger, et sous l'angle de la perspective de l'enfant et de genre. L'égalité, la non-discrimination et l'identité de genre sont des droits de l'homme qui doivent être garantis

Gabriela Yuba (docteure en droit) est avocate, diplômée de la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires (UBA). Elle possède un master en droit de l'enfant de l'Université notariale d'Argentine. Elle a occupé les fonctions suivantes : Défenseuse sociale du territoire national de la Terre de Feu (TDF) ; Défenseuse publique principale du Ministère public à Ushuaïa ; Juge de la famille et des enfants du Tribunal n° 1 d'Ushuaïa, TDF. Représentante en Argentine du Conseil consultatif régional d'Amérique latine de l'AIMJF. Conseillère auprès du ministère du Développement social de TDF.

et défendus.

Mots clés : identité de genre, égalité, non-discrimination, approche fondée sur les droits de l'homme, obligation de l'État, perspective de genre, LGBTI.

### I.- Introduction

Lorsque nous abordons le rôle de l'État dans la réalisation des droits des enfants et des adolescents, nous ne pouvons pas partir d'une analyse partielle et évoquer séparément ses différents domaines d'action. Au contraire, nous devons envisager le rôle de l'État dans son ensemble, tant dans son action administrative et législative que judiciaire.

La doctrine de la protection intégrale, mise en place à partir de l'adoption de la Convention des droits de l'enfant (CDE), a changé le paradigme concernant les enfants et les adolescents, ces derniers devenant désormais des sujets de droits avec une autonomie progressive. L'interrelation entre les droits de l'homme et l'environnement a des effets sur l'exercice des droits, d'où la nécessité évidente d'adopter une vision et une approche de la réalité qui soit intégrale, globale et holistique, l'État dans son ensemble<sup>148</sup> étant le garant de la réalisation des droits de l'enfant.<sup>149</sup>

Si nous considérons les interventions de l'État<sup>150</sup> de façon isolée, nous n'obtenons qu'une vision délimitée et partielle de la réalité, ce qui aboutit à une intervention inefficace et inadéquate.

Dans cet article, nous présenterons le cas d'un enfant trans' dans une école publique d'Ushuaïa (Terre de Feu, Argentine), en prenant soin d'identifier les rôles de l'État pour répondre à son devoir de protection, que nous analyserons sous l'angle de la perspective des droits de l'homme et en particulier de l'enfant et de l'adolescent.

II.- L'enfant trans'. L'approche fondée sur les droits de l'homme

L'intégration d'une perspective des droits de l'homme et en particulier de l'enfant et de l'ado-

lescent implique davantage que l'adoption de lois et de programmes en matière de droits de l'enfant et de l'adolescent.

Une approche fondée sur les droits de l'homme constitue à la fois un mode d'intervention, un type d'analyse et l'incorporation d'une perspective ; il s'agit d'un outil essentiel pour mettre en valeur la dignité humaine et l'égalité, pour mettre fin à la pauvreté et pour autonomiser les femmes, les enfants et les adolescents, de sorte qu'ils aient droit aux mêmes conditions que le reste de la société, ainsi que pour favoriser la participation de tous à la construction d'une société plus juste et équitable.

Lorsque l'on intervient dans des situations factuelles où les droits de l'enfant et de l'adolescent sont concernés, la transversalité de l'approche fondée sur les droits de l'homme est fondamentale.

Cette approche suppose de prendre en compte les individus concernés : l'action dans son ensemble est renforcée par les groupes vulnérables<sup>151</sup> pour garantir et promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales, sans oublier les initiatives tendant à défendre l'égalité et le respect à l'égard de toutes les personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre.

À la suite de cette introduction, nous posons les questions suivantes : pourquoi l'État a-t-il le devoir de protéger ? En quoi consiste cette obligation de protéger ? Et pourquoi la formation et la spécialisation dans les droits de l'enfant et de l'adolescent sont-elles nécessaires ?

Nous tenterons de répondre à ces questions en recourant à la situation décrite ci-après.

### III.- L'enfant trans' dans une école publique d'Ushuaïa

Le cas qui nous intéresse ici concerne une fille de 11 ans, en classe de 6e dans une école publique d'Ushuaïa, qui « s'auto-perçoit » comme un garçon.

L'équipe interdisciplinaire de l'école, en collaboration avec le professeur de l'enfant, a pris

148. Avec ses trois pouvoirs : exécutif, législatif et judiciaire.

149. Ces droits sont spécialement reconnus par la CDE et les traités des droits de l'homme.

150. Pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

151. Les femmes, les enfants et les adolescents, les personnes handicapées, les personnes âgées et les personnes autochtones.

152. Ils prennent connaissance de la situation lors de la confection des blouses des enfants intégrant la 6e : alors que les mesures des enfants sont prises et qu'on leur demande leur prénom pour le broder sur la blouse, la fille donne alors un prénom de garçon.

153. Nous parlerons désormais de l'enfant comme d'un garçon, étant donné que c'est ainsi qu'il s'auto-perçoit.

connaissance de la situation<sup>152</sup> d'identité de genre. Les camarades de classe du garçon<sup>153</sup> formulaient déjà des commentaires à son propos. L'équipe est intervenue – tout en espérant que l'enfant manifeste de lui-même un besoin de parler – en créant et en favorisant un environnement propice au dialogue. C'est ce qui s'est passé, l'enfant s'est rapproché de l'équipe, tout comme sa mère, qui a sollicité de l'aide, ne sachant pas comment intervenir. L'enfant vit seul avec sa mère et une autre personne de la famille. Le père vit dans une autre province et maintient le contact avec l'enfant par téléphone.

Des réunions institutionnelles ont été organisées, afin d'identifier les cadres légaux en vigueur et des approches interdisciplinaires, entre autres. Il est important de souligner que le cas de l'enfant n'a pas été et n'est pas considéré comme un « problème », mais comme une situation à laquelle les intervenants devaient apporter une réponse pour prévenir d'éventuelles violations des droits (droits à l'égalité, à la non-discrimination, à son identité « auto-perçue », etc.), et pour accompagner l'enfant dans sa transition tant scolaire<sup>154</sup> qu'au regard des institutions.

L'équipe interdisciplinaire de l'école a d'abord travaillé à l'aide d'ateliers sur les stéréotypes de genre en recourant à différentes techniques ; les membres de l'équipe ont tenu des réunions avec d'autres maîtres et professeurs (d'éducation physique, par exemple), pour les informer de la situation. L'enfant a commencé à être appelé par le prénom de son choix et à participer à certaines activités conformes à la façon dont il « s'auto-perçoit »<sup>155</sup>. Des changements ont commencé à être observés concernant l'apparence physique de l'enfant (façon de s'habiller, coupe de cheveux).

L'enfant a demandé à pouvoir utiliser les toilettes des garçons. L'école a répondu qu'elle s'organiserait pour faire suite à cette demande. Pour cela, il a été nécessaire non seulement de tenir compte du bâtiment physique, mais aussi de l'institution dans son ensemble. Il faut aussi signaler que l'enfant a eu ses premières règles, ce qui a entraîné des consultations dans le do-

maine de la santé.<sup>156</sup>

L'enfant se fait appeler par un prénom qu'il a lui-même choisi (nom de garçon), qui est utilisé dans les documents scolaires, les carnets de liaison et d'autres formalités, conformément à l'article 12 de la loi n° 26.743. Pour le moment, il n'a pas demandé à ce que sa carte d'identité soit modifiée.

L'école continue de travailler avec l'équipe et de façon interinstitutionnelle, avec des organes du gouvernement, y compris le ministère de l'Éducation et le ministère du Développement social, lors de réunions ministérielles et de supervision scolaire. Des actions sont prévues avec le ministère de la Santé de la province, compte tenu des changements physiques vécus par l'enfant<sup>157</sup>, et de la nécessité d'adopter une orientation et un accompagnement depuis le domaine de santé concerné.

Parmi les actions à suivre, on trouve : apporter un soutien institutionnel et des conseils à l'ensemble du personnel de l'école, enseignants et non enseignants; adopter des approches d'intervention avec les personnes LGBTI ; aborder l'éducation sexuelle intégrale ; promouvoir l'égalité, la non-discrimination et le respect; prévenir la violence; travailler sur le passage de l'enfant d'un système scolaire à un autre (de l'école primaire à l'école secondaire) ainsi que sur les modalités de transition ; rendre l'enfant autonome et accompagner sa famille.

Il convient de signaler que l'enfant et sa mère reçoivent une aide thérapeutique extérieure à l'école pour les accompagner dans ce « processus » qu'ils traversent tous deux : l'enfant vis-à-vis de lui-même et la mère vis-à-vis de l'enfant, dans le soutien qu'elle lui apporte.

#### IV.- La base légale de l'obligation de protection de l'État

L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant en 1989<sup>158</sup>, et sa ratification, en Argentine, par l'adoption de la loi nationale n° 23.849, est allée de pair avec un changement de perception de l'enfant et de l'adolescent. La Convention énumère l'ensemble des droits de

154. Entre l'école primaire et secondaire (école secondaire obligatoire).

155. Participant à des jeux dans la cour où se retrouvent les garçons, se mettant dans la file des garçons pendant les cours d'éducation physique et sportive.

157. Au sein du ministère de la Santé de la province de Terre de Feu, des programmes existent pour les personnes trans ; la thématique de l'identité de genre y est abordée sous l'angle de la santé avec différents professionnels (hommes et femmes).

158. Lorsque nous évoquons la CDE, nous devons aussi inclure les trois Protocoles facultatifs à la CDE adoptés ultérieurement : le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés ; le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et le Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications.

159. Loi n° 23.849, 27/09/1990.

160. D'autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme sont également incorporés dans l'article.

161. Leonardi de Jerbon, Hebe, M., Constitución de la Nación Argentina. Tratados internacionales con jerarquía constitucional, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

l'enfant et de l'adolescent.

L'incorporation de la CDE dans l'article 75 (22)<sup>160</sup> de la nouvelle Constitution de la Nation de 1994, implique qu'elle a valeur constitutionnelle et qu'elle intègre le droit interne de l'État ; il en va de même pour les autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme inscrits dans l'article.

« ...Dès l'entrée en vigueur de la Constitution, les gouvernants, les législateurs et les juges doivent considérer ou lire les droits établis par la Constitution à la lumière des traités internationaux énoncés... ».<sup>161</sup>

Le nouveau paradigme qui s'est mis en place à partir de la Convention implique que l'enfant ou l'adolescent est un sujet de droits et non un objet de protection.

Le sujet de droits est titulaire des droits d'être entendu, d'être informé, de former une opinion et un jugement propres, de participer activement au processus de construction de son projet de vie et de la communauté.

Il suppose une analyse sous l'angle de l'exercice de la citoyenneté juvénile, un exercice qui ne se limite pas à la reconnaissance des droits uniquement participatifs de l'enfant, mais qui s'étend aux aspects qui contribuent à façonner l'ensemble de sa personnalité dans la construction autonome de son projet de vie.

Par citoyenneté juvénile, on entend « ...l'ensemble des pratiques juridiques, sociales et culturelles qui mettent en évidence la participation du jeune aux processus communautaires, aux pratiques juridiques, sociales et culturelles qui, en définitive, rendent compte de la participation de l'adolescent à l'intérieur de la société et, par conséquent, d'une relation étroite avec les institutions, qu'elles soient publiques, religieuses ou relevant de la société civile. Voilà ce qu'est la citoyenneté... ».<sup>162</sup>

Ce changement de paradigme n'est pas immédiat. Une fois la Convention adoptée et incorporée dans la Constitution, des actions concrètes sont nécessaires pour faire en sorte que toute la société et les pouvoirs de l'État soient habili-

tés à prendre en compte la notion de « sujet de droits » et ce qu'elle implique.

Nous devons ajouter à cela la nécessité d'adopter des lois provinciales sur la protection de l'enfant et de l'adolescent qui soient compatibles et conformes à la Convention, soulignant et garantissant quatre principes généraux : l'égalité et la non-discrimination (art. 2 de la Convention) ; l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 de la Convention) ; le droit inhérent à la vie, à la survie et au développement (art. 6 de la Convention) et le droit d'exprimer son opinion et d'être entendu (art. 12 de la Convention).

Lorsqu'un État ratifie un traité ou une convention, il assume l'obligation de l'appliquer et de mettre en œuvre les droits reconnus par ce ou cette dernière. Dès lors, il est fondamental que toute la législation soit pleinement compatible avec la Convention, et en particulier avec ces principes que le Comité des droits de l'enfant considère comme vitaux.

Cela étant dit, qu'en est-il dans la réalité ? Comment mettre en œuvre les droits de l'enfant dans la pratique ?

Récemment, dans un rapport publié par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) le 27 février 2018, intitulé « Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección »<sup>163</sup> (Vers la garantie effective des droits des enfants et des adolescents : systèmes nationaux de protection, non traduit), la CIDH vise à analyser de manière plus approfondie la capacité des États à garantir les droits de l'enfant au moyen de systèmes nationaux de protection des droits des enfants pour remplir leur mandat normatif.

L'objectif du rapport est d'identifier les principes et les normes qui doivent être mis en œuvre dans la conception et le fonctionnement des systèmes de protection, conformément au droit international des droits de l'homme.

Les États ont un rôle de garant de la protection des droits des enfants depuis la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant et

162. Liwski, Norberto, Municipios, democratización y derechos humanos. Niñez, adolescencia y cambios sociales. CODESEDH, CABA, mars 2000.

163. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/037.asp>  
Consulté le : 04/03/2018.  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>  
Consulté le : 04/03/2018.

d'autres instruments internationaux. Pour cela, une structure organisationnelle et opérationnelle adaptée aux obligations dérivées de la Convention est nécessaire, tout comme des institutions reposant sur un modèle systémique, ainsi que des principes et des normes de fonctionnement adaptés à la Convention, de nouvelles méthodes de travail et des mécanismes de gestion améliorés.

Le rapport fait état que, bien qu'il existe de nombreux cadres normatifs et codes de l'enfance, un large fossé sépare les droits reconnus dans les normes et la réalité dans laquelle vivent les enfants et la réalisation de leurs droits.

Il est donc indispensable qu'au cadre normatif vienne s'ajouter un ensemble d'éléments pour consolider l'existence et le fonctionnement de la structure institutionnelle et d'un modèle organisationnel qui assure le respect des normes, la jouissance et la protection des droits. Parmi ces éléments, citons par exemple : les politiques publiques, les programmes, les services ; les mécanismes institutionnels qui permettent l'articulation de la planification, de la conception, de l'approbation, du suivi et de l'évaluation des politiques publiques, en tenant compte des différents niveaux territoriaux ; les systèmes de collecte des données et d'analyse de l'information ; les ressources humaines spécialisées ; les ressources financières suffisantes ; les protocoles d'action et les normes relatives à la fourniture de services.

Ces modèles organisationnels et ces structures opérationnelles sont connus sous le nom de « Systèmes nationaux de protection des droits de l'enfant et de l'adolescent ».

La CIDH considère que la participation des enfants et des adolescents à ces systèmes par l'intermédiaire de canaux adéquats de participation est essentielle, et que le droit des enfants et des adolescents de participer à ces systèmes et d'exprimer leurs opinions, en tant que sujets de droits, a une dimension collective.

Le rapport rend également compte de l'une des principales barrières à la mise en œuvre effective des droits des enfants, à savoir le manque

d'investissement financier suffisant pour réaliser pleinement ces droits, d'autant plus que les informations pour évaluer si l'État affecte des ressources à cet objectif ne sont pas disponibles. La CIDH exhorte les États à inclure les principes de transparence, d'efficacité, d'efficience, d'équité, de durabilité, de responsabilisation et de participation dans leurs systèmes.

Dans son rapport, la CIDH formule des recommandations sur des thèmes variés : la mise en adéquation de la législation ; les principes fondamentaux qui doivent régir les systèmes ; l'articulation des politiques nationales relatives à l'enfance avec les autres politiques publiques ; le système de collecte et d'analyse des données et de l'information ; les outils de mesure, le suivi et l'évaluation ; la mise en place d'institutions spécifiques et spécialisées pour les enfants ; la participation des enfants et des adolescents aux structures institutionnelles et communautaires en faveur de la promotion et de la protection de leurs droits.

#### V.- L'obligation de l'État : l'article 4 de la CDE

L'article 4 de la CDE met en lumière l'obligation générale des États à faire en sorte que les droits des enfants soient mis en œuvre, et met l'accent sur le lien entre les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

L'article 4 de la CDE établit expressément que : « Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale. »

Cet article est fondamental, étant donné que lorsqu'un État ratifie la CDE, il assume l'obligation de l'appliquer en vertu du principe du droit international. Selon le Comité des droits de l'enfant, l'application est le processus par lequel les États parties à la Convention prennent des mesures pour garantir la mise en œuvre de

l'ensemble des droits reconnus dans la CDE à tous les enfants relevant de leur juridiction.

L'État assume les obligations qui lui incombent en vertu de la Convention et, en tant que garant, doit traduire les droits de l'enfant dans les faits, dans des conditions d'égalité et de non-discrimination.

Quelles que soient les circonstances économiques des États, ces derniers ont l'obligation d'adopter toutes les mesures possibles pour mettre en œuvre les droits de l'enfant, en tenant compte des plus défavorisés.

On retrouve un lien entre cette obligation établie à l'art. 4 de la CDE et le caractère prioritaire de la responsabilité de l'État à l'égard de la réalisation des droits de l'enfant prévue à l'art. 5 de la loi nationale n° 26.061, qui implique, entre autres, que l'État ne peut se décharger de sa responsabilité de protéger et d'aider les enfants en toutes circonstances, qu'il doit avant tout assurer que les enfants ont la capacité juridique d'exiger que leurs droits soient protégés et que les droits de l'enfant sont prioritaires dans la formulation et l'application des politiques publiques, et qu'il assigne de manière privilégiée et intangible des ressources publiques pour garantir ces politiques tout en mettant l'accent sur les services essentiels. L'obligation établie à l'art. 4 de la CDE est aussi liée au principe d'efficacité prévu à l'art. 29 de la loi n° 26.061.

La situation des personnes les plus vulnérables<sup>164</sup> impose de renforcer leur protection, et d'agir pour la réalisation et la promotion de leurs droits, conformément à la doctrine de la protection intégrale.

Comme le souligne le Comité des droits de l'enfant, la mise en œuvre des droits fondamentaux des enfants ne doit pas être perçue comme un acte de charité envers ces derniers. Au contraire, elle requiert d'adopter une démarche fondée sur les droits de l'enfant dans toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires, en tenant compte des principes énoncés aux articles 2, 3, 6 et 12 de la Convention.<sup>165</sup>

Pour garantir l'application efficace de la Convention, une coordination intersectorielle tangible est nécessaire pour que les enfants jouent un rôle dans la mise en œuvre effective de leurs droits, tout comme des interactions avec la société.

Il est donc fondamental de travailler AVEC les enfants et non uniquement POUR les enfants, afin que tous soient parties prenantes de leur propre changement et autonomisation, sur un pied d'égalité et sans discrimination.

Dans cette optique, les stratégies orientées vers le développement intégral des enfants et des adolescents ne doivent pas reposer seulement sur de bonnes intentions, mais s'inscrire dans un processus durable pour la réalisation de leurs droits, et accorder la priorité aux plans, projets et politiques en matière de santé et d'éducation qui considèrent l'enfant et l'adolescent comme de véritables sujets de droits.<sup>166</sup>

Dans ce processus, il importe de tenir compte de :

- La transversalité de l'approche fondée sur les droits de l'homme : elle implique de reconsidérer, d'organiser et d'améliorer les processus de sorte que les principes d'égalité et de non-discrimination soient incorporés dans toutes les politiques, stratégies, actions et interventions.

- La perspective de l'enfant : les enfants et les adolescents doivent être considérés comme des sujets de droits et les activités et structures qui s'y rapportent doivent être compatibles avec les principes généraux prévus aux articles 2, 3, 6 et 12 de la Convention.

- La perspective de genre : « (...) une manière d'examiner ou d'analyser l'incidence du genre sur les perspectives, les rôles sociaux et les interactions entre individus. Cette façon de voir permet de procéder à une analyse de genre et, ultérieurement, d'intégrer une dimension sexospécifique dans toute proposition de programme, de politique ou d'organisation. »<sup>167</sup>

- La perspective intersectionnelle : elle

164. Cf. 100 Règles de Brasilia.

165. Cf. Observation générale n° 5 (2003) « Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6) ». Comité des droits de l'enfant. Trente-quatrième session, 19 septembre - 3 octobre 2003. 166.

167. <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=151&mode=letter&hook=P&sortkey=&sortorder=asc> Consulté le : 21/08/2018

implique de prendre en compte tout au long de la procédure judiciaire comment différents facteurs de vulnérabilité et de discrimination se combinent (le genre, la classe, la race, l'âge, les capacités, etc.) dans le contexte socio-historique et dans les façons de vivre des personnes ; l'intersectionnalité de ces multiples facteurs peut donner lieu à des formes spécifiques de discrimination.

En définitive, l'approche fondée sur les droits de l'homme permet d'identifier les inégalités et de corriger les pratiques discriminatoires par la mise en œuvre, entre autres, de bonnes pratiques qui promeuvent et protègent les droits de l'homme.

VI.- La formation et la spécialisation dans les droits de l'enfant et de l'adolescent  
L'éducation et la formation sont des outils de transformation importants pour la réalisation des droits de l'enfant et de l'adolescent.

Toute personne qui travaille dans des domaines liés aux enfants et aux adolescents doit avoir suivi une formation spécifique. Selon le Comité des droits de l'enfant, les États ont l'obligation de promouvoir la formation et le renforcement des capacités de toutes les personnes impliquées dans les processus de mise en œuvre des droits de l'enfant (décideurs, parlementaires, juges et autres professionnels travaillant avec les enfants).

La formation de spécialistes est fondamentale pour permettre aux enfants d'exercer leurs droits dans des conditions d'égalité et de non-discrimination. L'égalité et la non-discrimination sont l'axe de développement et les principes pivots autour desquels les politiques publiques doivent tourner.

La protection spéciale que requièrent les enfants et les adolescents se fonde justement sur leur condition de vulnérabilité, à tel point que le propre Code civil et commercial de la Nation considère la spécialisation des juges de la famille (art 706 b) du Code) comme une condition essentielle dans les procédures relevant du droit de la famille, tout comme celle des avocat(e)s travaillant dans ces domaines . Cet-

te spécialisation dans le domaine de l'enfance et de l'adolescence ainsi que dans les droits de l'homme est fondamentale pour garantir les droits de l'enfant et de l'adolescent.<sup>168</sup>

Dans la situation factuelle de l'enfant trans' décrite au début, le pouvoir exécutif est intervenu dans le domaine scolaire en adoptant une perspective de l'enfant et du genre compatible avec les droits de l'homme et l'approche intersectionnelle.

On distingue plusieurs éléments dans cette situation : la non-judiciarisation et l'intervention du pouvoir exécutif dans son rôle administratif, en tant que garant des droits de l'enfant, apportant les outils institutionnels nécessaires au vécu de l'enfant et de sa famille, ainsi qu'un éventail d'activités qui constituent des « bonnes pratiques » dans l'approche de l'enfant trans'. Les réunions du gouvernement ont montré une préoccupation et un intérêt institutionnel à construire un protocole d'action dans de tels cas, ce qui prouve l'engagement en faveur de la thématique développée.

VII. Les enfants et les adolescents en tant que sujets de droits vulnérables. La protection renforcée des enfants et des adolescents.

Le fait de reconnaître les enfants et les adolescents en tant que sujets de droits vulnérables met l'accent sur la nécessité de renforcer la protection des enfants dans les domaines qui les concernent.

L'Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant indique clairement que l'intérêt supérieur de l'enfant englobe trois dimensions : c'est un droit de fond, un principe interprétatif fondamental et une règle de procédure. L'intérêt supérieur de l'enfant est ce principe directeur qui doit prévaloir dans toutes les actions et décisions qui le concernent.<sup>169</sup>

D'autre part, à la lumière de cette situation de vulnérabilité, il est important de reconnaître qu'en raison de leur âge, les enfants ont besoin d'une protection spéciale de la part des organes appelés à intervenir (qu'il s'agisse du pou-

168. Loi n° 26.061 art. 27.

169. Art. 3 CDE.

170. « Droit de l'enfant » renvoie aux enfants et aux adolescents, filles et garçons.

171. Lorsque les droits de l'enfant sont menacés ou ne sont pas respectés, des mesures de protection ou des mesures exceptionnelles sont prises par les autorités locales, qui informent immédiatement les autorités judiciaires pour leur approbation (art. 33, 39 et 40 de la loi nationale n° 26.061 ; loi provinciale n° 521 : art. 39 et 42 ; action judiciaire art. 39, D, F, G, H, I, cf. art. 42).

voir judiciaire ou administratif). Rappelons que les « 100 Règles de Brasilia sur l'accès à la justice des personnes vulnérables » portent sur l'amélioration des conditions d'accès à la justice des personnes qui font face à des obstacles pour faire reconnaître leurs droits en raison de certaines causes de vulnérabilité comme l'âge, le handicap, l'appartenance à une communauté autochtone ou à une minorité, le fait d'être migrant, réfugié, ou encore la pauvreté, le genre et la privation de liberté.

Toutefois, il est certain que la nécessité de reconnaître et de traduire les droits de l'enfant<sup>170</sup> dans la réalité ne peut se faire uniquement en déployant des mesures dans le domaine judiciaire (en rendant la protection judiciaire effective), étant donné que la justice doit être le dernier maillon de la chaîne d'intervention<sup>171</sup>, mais en travaillant à la prévention, au sein d'institutions comme l'école (dans notre exemple), de ces situations où la dignité humaine, l'égalité et la non-discrimination sont en jeu et en particulier dans les activités liées à la promotion des droits de l'enfant.

La condition de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les enfants (art. 75, par. 23 de la Constitution de la Nation) implique également de se doter d'outils pour assurer la réalisation de leurs droits. Ces outils ne concernent pas seulement les enfants en tant que sujets de droits, mais aussi les professionnels qui travaillent avec et pour les enfants. Cela suppose de renforcer les mécanismes de protection contre d'éventuelles violations des droits et en particulier les droits économiques, sociaux et culturels, les droits civils et politiques et ceux qui garantissent la dignité humaine.

La défense des droits fondamentaux de l'enfant en général revêt une dimension éthique importante qui impose de mettre en œuvre des actions positives (art. 75 par. 23 de la Constitution de la Nation), car ces droits sont liés à la dignité en tant que droit fondateur de la personnalité de l'enfant. En effet, la reconnaissance et le respect de la dignité humaine constitue le fondement de la reconnaissance et de la promotion des droits de l'homme et de l'essence

même de l'être humain.

S'agissant du droit à l'identité de genre, il est l'un des droits qui marque le plus la dignité de la personne, tout comme son autonomie et sa liberté.

À l'échelle nationale, en vertu de la loi n° 26.743, toute personne a droit à l'identité de genre, ce qui implique la reconnaissance de son identité de genre, le droit au développement libre de sa personne et d'être traitée conformément à cette identité, ainsi que d'être identifiée de cette manière dans les registres si la personne le demande.<sup>172</sup>

Par « identité de genre » on entend : « l'expérience intime et personnelle du genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, lorsqu'elle est consentie de façon libre, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres). Elle inclue aussi d'autres expressions du genre, comme l'habillement, le discours et les manières de se conduire ».<sup>173</sup>

L'article 5 de la loi n° 26.743 établit les mesures nécessaires pour qu'une personne mineure puisse effectuer le changement de sexe à l'état civil. Un tel changement doit être effectué par l'intermédiaire des représentants légaux de la personne mineure et reposer sur son accord explicite, tenir compte de son autonomie progressive et compter sur l'assistance d'un avocat. Une procédure judiciaire peut être engagée s'il n'est pas possible d'obtenir le consentement de l'un des représentants légaux de la personne mineure.

L'article 12 de la loi n° 26.743 sur le traitement digne jette les bases pour un traitement des personnes qui respecte l'identité de genre qu'elles ont adoptée, et met l'accent sur les enfants et les adolescents, étant donné qu'ils se désignent eux-mêmes et qu'on les dénomme selon leur identité « auto-perçue », qui est vitale dans les relations sociales et communautaires. L'article établit comment les données figurant sur la carte d'identité nationale sont consignés

172. Art. 1 loi n° 26.743.

173. Art. 2 loi n° 26.743.

174. Article 12.- Traitement digne. L'identité de genre adoptée par les personnes, en particulier par les enfants, adolescentes et adolescents qui utilisent un prénom distinct de celui consigné dans leur document national d'identité, doit être respectée. Sur simple demande de leur part, le prénom adopté doit être utilisé à des fins de citation, d'enregistrement, pour leur dossier, à des fins d'appel et dans le cadre de toute autre mesure de gestion ou de tout autre service, tant dans le domaine public que privé. Lorsqu'il est nécessaire, à des fins de gestion, d'enregistrer les données figurant sur le document national d'identité, il convient d'utiliser un système combinant les initiales du prénom, le nom de famille complet, le jour ainsi que l'année de naissance, et d'ajouter le prénom choisi en raison de l'identité de genre, si l'intéressé/e en fait la demande. Dans les circonstances où la personne doit être nommée en public, seul doit être utilisé le prénom choisi et qui respecte son identité de genre.

et prévoit la possibilité d'utiliser un prénom différent à des fins de citation, d'enregistrement ou tout autre type de gestion.<sup>174</sup>

S'agissant des enfants et des adolescents, la loi sur l'identité de genre doit être interprétée et appliquée de manière transversale avec la Convention relative aux droits de l'enfant, en tenant compte des principes directeurs qu'elle proclame : l'intérêt supérieur de l'enfant, le principe de non-discrimination, la mise en œuvre et la protection des droits, le droit d'être entendu, le droit à la vie, à la survie et au développement.

Le libre développement de la personne, son autonomie, sa capacité progressive, son consentement informé, l'intérêt supérieur de l'enfant, la prédominance de l'identité « auto-perçue » par l'enfant sur les interventions chirurgicales non désirées, la gratuité et le droit à l'identité de genre en tant qu'identité « auto-perçue » par l'enfant, indépendamment du corps et des informations préexistantes dans les registres de l'état civil, sont les fondements essentiels de la loi n° 26.743 qui sont liés à la Convention relative aux droits de l'enfant.<sup>175</sup>

Il est important de souligner que les personnes LGBTI sont victimes de violence et de discrimination. C'est pourquoi les organismes internationaux et régionaux comme la CIDH et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après la « Cour IDH ») prennent des actions concrètes par l'intermédiaire de rapports thématiques et d'avis consultatifs, pour apporter des lignes directrices claires aux États en ce qui concerne l'interprétation des normes telles que la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH).

La Cour IDH a adopté l'avis consultatif OC-24/17 du 24 novembre 2017, à la suite de la demande de la République du Costa Rica, intitulé « Identité de genre, et égalité et non-discrimination des couples de même sexe ».<sup>176 177</sup> Dans ce dernier, la Cour se réfère à des thèmes liés aux droits des personnes LGBTI, à savoir la reconnaissance de l'identité de genre et l'interdiction de la discrimination.

Dans son avis, la Cour IDH a considéré que le

changement de nom, l'adéquation de l'image et la rectification de la mention du sexe ou du genre dans les documents d'identité ou les registres conformément à l'identité de genre « auto-perçue » est un droit protégé par la Convention, et que les États ont l'obligation de reconnaître, de réglementer et d'établir des mécanismes adéquats à ces fins, et de fixer des procédures rapides pour refléter l'identité de genre.<sup>178</sup>

Par ailleurs, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (ci-après la « Commission IDH »), dans son rapport thématique sur les violences à l'encontre des personnes LGBT<sup>179</sup>, souligne le niveau élevé de violence et de violation des droits auquel sont exposées les personnes LGBT et en particulier les enfants et les adolescents. Les enfants et les adolescents LGBT sont les groupes les plus vulnérables à la violence, essentiellement dans le milieu familial et dans les écoles (tant publiques que privées).

L'organe souligne qu'ils font face à la stigmatisation, à la discrimination et à la violence, y compris à l'isolement social et scolaire, au harcèlement (bullying), à la marginalisation et à l'exclusion de l'école et des services de santé, en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre.

Par conséquent, la Commission souligne qu'aux termes de l'article 19 de la CADH, les enfants ont droit à une protection, ce qui crée des devoirs de la part de l'État, de la famille et de la société. L'État doit agir conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant pour protéger les enfants et les adolescents LGBT face aux actes de violence et de harcèlement dont ils sont victimes dans leur famille et à l'école (où ces actes sont les plus récurrents), selon des études de l'UNESCO et du PNUD. Ces expressions de violence se manifestent quand l'expression du genre de l'enfant n'est pas conforme aux stéréotypes masculins.

Ces actes de harcèlement et de violence fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre font obstacle à l'exercice des autres droits fondamentaux de l'enfant, l'État devant

175. Cantore, Laura, *Intersexualidad, transexualidad y derechos de la infancia*. Dans « Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes », T. I. Directrice : Silvia Fernandez. P. 443, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, juin 2015.

176. <http://www.corteidh.or.cr/>  
Consulté le : 12/01/2018  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_01\\_18.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf)  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

177. Obligations de l'État relatives au changement de nom, à l'identité de genre et aux droits dérivés d'un lien entre partenaires de même sexe (interprétation et portée des articles 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 et 24 en rapport avec l'article 1 de la Convention américaine des droits de l'homme).

178. Par ailleurs, la Cour a aussi considéré que la Convention protège les liens familiaux dérivés des relations entre personnes du même sexe, que les droits patrimoniaux découlant de ces relations doivent être protégés sans discrimination et que le principe *pro persona* doit s'appliquer pour la protection des droits des couples de même sexe.

179. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>  
Consulté le : 16/10/2018  
Rapport du 12/11/2015

180. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>  
Consulté le : 21/10/2018

dès lors prendre des mesures de protection et de prévention à ce sujet.

Dans son rapport du 11 novembre 2015 sur la violence, l'enfance et le crime organisé<sup>180</sup>, la CIDH fait également état de la situation de vulnérabilité et de violence à laquelle sont exposés les enfants et les adolescents LGBT, tant dans le cercle familial que dans la société en général, en raison de forts stéréotypes sociaux et d'importantes discriminations. À cet égard, la CIDH recommande aux États de mettre en place des mécanismes de renforcement de la famille, de l'école et de la société en général au moyen de politiques et de mesures non discriminatoires, qui favorisent l'intégration, sont holistiques et reposent sur un personnel formé aux problématiques que traversent les enfants et les adolescents, en vue d'éviter la désertion scolaire, l'exclusion des services de santé et de prévenir l'usage de drogues. Toutes ces actions doivent adopter une approche fondée sur les droits de l'homme.

Par ailleurs, le Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales présentées à Genève en mai et juin 2018 concernant le rapport de l'Argentine valant cinquième et sixième rapports périodiques<sup>181</sup>, a recommandé à l'État argentin, par rapport aux pratiques préjudiciables, d'élaborer un protocole de santé pour les enfants intersexués fondé sur les droits afin de garantir qu'aucun enfant ne subisse une intervention chirurgicale ou un traitement non nécessaire et que les familles d'enfants intersexués bénéficient de services de conseil et d'accompagnement adéquats.

Le Comité des droits de l'enfant, en tant qu'organe de supervision et de contrôle de la mise en œuvre de la Convention, a signalé, dans son observation générale n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, en 2016, que les adolescents LGBTI sont souvent persécutés, victimes de maltraitance et de violences, de stigmatisation, de discrimination, sont exclus de l'éducation et de la formation et sans soutien de la part de leur famille et de la société. En conséquence, ils ont des difficultés à exercer leurs droits, se heurtant à des obstacles, et à accéder aux informations

et aux services en matière de santé sexuelle et procréative, étant victimes d'agressions sexuelles. Tout cela a des répercussions sur leur estime de soi, et augmente les taux de dépression, de suicide et de sans-abrisme. Face à cette situation, le Comité des droits de l'enfant souligne que les adolescents ont le droit à la liberté d'expression et au respect de leur intégrité physique et psychologique.

En lien avec l'exercice de la citoyenneté juvénile et le développement intégral des enfants et des adolescents, le Comité des droits de l'enfant met en lumière que tous les adolescents ont le droit à la liberté d'expression et au respect de leur intégrité physique et psychologique, de leur identité de genre et de leur autonomie naissante.

Il condamne l'application de prétendus « traitements » visant à tenter de modifier l'orientation sexuelle et l'imposition d'interventions chirurgicales ou de traitements à des adolescents intersexués. En ce sens, le Comité demande instamment aux États d'abroger les lois qui punissent ou discriminent des personnes en raison de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur intersexualité, d'éliminer ces pratiques discriminatoires et ces interventions chirurgicales forcées, et d'adopter des lois portant interdiction de la discrimination fondée sur ces motifs.

Le Comité des droits de l'enfant signale également que les États doivent prendre des mesures efficaces pour protéger les adolescents LGBTI contre toute forme de violence et de discrimination, et mener des campagnes de sensibilisation du public tout en prenant des mesures de sécurité et de soutien.<sup>182</sup>

Enfin, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>183</sup>, dans son évaluation du dernier rapport de l'Argentine<sup>184</sup>, parmi ses observations, s'est dit préoccupé par l'absence de cadre normatif et institutionnel pour garantir des services de santé adéquats aux personnes intersexes (art. 12), et a dès lors recommandé à l'État argentin qu'il adopte un tel cadre.

Il faut signaler que la Terre de Feu dispose

181. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es)  
Consulté le : 16/10/2018

182. Observation générale n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence. Comité des droits de l'enfant.

183. E/C.12/ARG/CO/4.

184. Comité des droits économiques, sociaux et culturels ; 12/10/2018. Version avancée non éditée [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp)  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es)  
Consulté le : 21/10/2018

185. Tribunal de la famille de Junín • 10/12/2015 • R. N. J. s/ rectification des actes de naissance • La Ley Online • AR/JUR/88112/2015 (enfant qui a demandé la rectification de l'acte de naissance)  
Tribunal de 1ère instance civil, commercial et familial de 2e nomination de Río Cuarto • 18/12/2014 • O. M. B. - Adoption plénière • AR/JUR/90132/2014 (adoptant qui a modifié son identité de genre)  
Chambre d'appel en matière de contentieux administratifs et fiscaux de la ville autonome de Buenos Aires, salle III, A, C. C. c. GCBA s/ mesure préventive autonome • 22/08/2014. Référence en ligne : AR/JUR/50163/2014 (rectification de l'acte naissance d'une personne mineure pour assoir la paternité du progéniteur qui a obtenu la modification du sexe à l'état civil).  
Tribunal de première instance de la famille n° 3 de Rawson, Province du Chubut • 05/09/2016 • M., J. s/ violence de genre • LA LEY 30/09/2016, 7 LA LEY 2016-E, 439 • AR/JUR/58121/2016 (« En tant que mesure de prévention urgente (art. 26, loi 26.485),

au sein du ministère de la Santé d'équipes de professionnels (hommes et femmes) qui sont chargés des consultations et des traitements, le cas échéant, des personnes LGBTI, et d'un programme de conseils à l'intention des adolescents dans les écoles multidisciplinaires.

#### VIII.- Jurisprudence nationale. Droit comparé

S'agissant de l'identité de genre, des décisions ont été rendues à l'échelle du pays en vertu de la loi nationale n° 26.743 qui prévoit la modification de la mention du sexe d'un enfant dans l'état civil conformément à son identité de genre, tout comme la mise en adéquation de l'acte de naissance d'un mineur avec le changement de sexe du progéniteur dans l'état civil.<sup>185 186</sup> Il existe aussi des précédents jurisprudentiels autour de la reconnaissance de l'identité de genre et de ses effets sur la vie des enfants (comme dans une affaire où l'adoption a été consentie à un adoptant de sexe X qui a par la suite changé de sexe selon son genre « auto-perçu »).

Si l'on tient compte du droit comparé, la Cour constitutionnelle de l'Équateur, celle de la Colombie et la Cour suprême de l'Inde ont rendu des arrêts intéressants sur le sujet, mettant l'accent sur la non-discrimination, l'égalité et le droit à la santé.<sup>187</sup>

#### VIII. Conclusion

L'obligation de protection de l'État dans son ensemble (incluant les trois pouvoirs de l'État) se ne limite pas uniquement à l'application ou à l'invocation des lois, voire à l'adéquation des normes aux conventions et aux traités internationaux des droits de l'homme.

Comme l'a indiqué le Comité des droits de l'enfant dans ses observations finales présentées à Genève en mai et juin 2018 concernant le rapport de l'Argentine valant cinquième et sixième rapports périodiques, il est nécessaire que la législation et les politiques soient mises en conformité avec la CDE ; que les canaux de coordination entre le Conseil national, le Secrétariat national à l'enfance, à l'adolescence et

à la famille (SENNAF) et les provinces soient renforcés ; et qu'un défenseur des enfants, une mesure repoussée depuis des années, soit nommé et mette en œuvre des pratiques et des mesures compatibles avec la CDE.

L'approche de l'enfant LGBTI doit être holistique, interinstitutionnelle et multidisciplinaire.

L'expérience de l'école publique d'Ushuaïa mentionnée plus haut par rapport à l'enfant trans', est un exemple de la coordination entre différentes disciplines et rôles interinstitutionnels. Ce travail coordonné vise à réaliser les droits de l'enfant en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la perspective de l'enfant.

À l'échelle nationale, nous comptons sur l'appui de lois distinctes comme la loi n° 26.743 sur l'identité de genre, la loi n° 26.150 sur l'éducation et l'éducation sexuelle intégrale<sup>188</sup>, et la loi n° 26.061 sur la protection intégrale des droits des enfants et des adolescents. À l'échelle locale, nous disposons de la loi provinciale n° 521 sur la protection intégrale des enfants et des adolescents et de leurs familles. À l'échelle régionale, l'avis consultatif 24/17 de la Cour IDH intitulé « Identité de genre, et égalité et non-discrimination des couples de même sexe » apporte des fondements clairs en ce qui concerne la protection due à l'identité de genre et à l'égalité, qui sont des droits protégés par la CADH.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous devons harmoniser les cadres normatifs existants afin de mettre en œuvre les droits des enfants et des adolescents.

L'élaboration de bonnes pratiques compatibles avec les droits de l'homme et les mesures d'action positives serviront à traduire dans la réalité les droits reconnus par les traités et les conventions.

La mise en œuvre effective des droits de l'enfant et de l'adolescent consacrés par la CDE est liée tant à l'incorporation de principes dans les normes provinciales, qu'à l'application de stratégies de l'État pour incorporer ces droits

il convient d'ordonner à une entité sportive de réaliser l'inscription de la plaignante dans la ligue de hockey conformément à l'identité de genre qu'elle a choisie, étant donné que cet acte représente l'accès aux conditions matérielles adéquates qui permettent la réalisation d'une partie importante de son projet de vie et qu'il est du devoir de l'État et des particuliers de respecter les déterminations autonomes qui ne sont pas préjudiciables à quiconque (art. 19, Constitution nationale ; art. 1 de la loi n° 26.743). »

186. Notons qu'il existe de nombreuses décisions sur l'identité de genre antérieures à la loi n° 26.743. Pour une question de méthodologie, nous ne faisons référence qu'à la jurisprudence existante à partir de la loi sur l'identité de genre en Argentine.

187. Cour constitutionnelle de la Colombie, Chambre d'appel n° 7 · 28/08/2014 · N. en représentation et au nom de son fils P. c. EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. · RDF 2015-II, 183 RDF 2015-II-183 · CO/JUR/2/2014

« ...Dans le cas d'un garçon de 11 ans intersexué, pour lequel une couverture intégrale du traitement hormonal et de l'intervention chirurgicale d'adéquation ou d'assignation sexuelle a été demandée, le consentement substitué du progéniteur n'est pas constitutionnellement admissible, dès lors, le seuil critique de l'identification du genre (5 ans) dépassé et n'existant pas de risque pour sa vie ou son intégrité, la décision de réaliser l'opération appartiendra au mineur lui-même, ladite opération devant être adaptée pour éviter les conséquences de la puberté... ». Cour suprême d'Inde · 15/04/2014 · National Legal Services Authority c. Union of India et autres · AR/JUR/49388/2014

« ...L'absence de reconnaissance de l'identité des personnes transgenres porte atteinte à l'égalité devant la loi prévue par l'art.

dans la vie quotidienne.

### 4.1.3. Le témoignage spécial des enfants victimes de violence au Brésil : quels progrès ?

#### Mise en œuvre du témoignage spécial au Brésil en application de la loi de 2017 n° 13.431, entrée en vigueur le 17 avril 2018 pour renforcer la Recommandation 33 du CNJ

Professeur Antonio Jorge Pereira Júnior - Brésil

Marília Bitencourt C. Calou P. Rebouças

Juliana Nogueira Loiola

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

Marynna Laís Quirino Pereira

Nardejane Martins Cardoso

Rafaela Gomes Viana

Thiago Pessoa Colares



Afin d'améliorer le témoignage spécial (TS) des enfants victimes de violence au Brésil, le Conseil national de la justice (CNJ), l'organe responsable du contrôle administratif et financier du système judiciaire et du respect des devoirs fonctionnels des juges, en collaboration

avec l'ENFAM, l'école nationale de formation et de perfectionnement des juges, a chargé l'université de Fortaleza (Fondation Edson Queiroz) de mener une enquête, en vue de renforcer la formation des juges et, partant, la mise en œuvre des dispositions de la loi relative au témoignage, à savoir la loi fédérale de 2017 n° 13.431, qui est entrée en vigueur le 17 avril 2018. Le présent article fournit des informations sur quelques résultats de l'enquête.

La procédure du témoignage spécial (TS) doit s'appliquer lorsqu'un enfant est amené à comparaître devant le système judiciaire pour témoigner en tant que victime ou témoin d'une situation de violence. Le TS a trois fonctions. Premièrement, il sert à faire connaître les faits. Deuxièmement, il repose sur une méthode qui réduit fortement la revictimisation de l'enfant. Troisièmement, il permet de recueillir les données de manière plus fiable. De cette façon, le TS renforce les droits de l'inculpé (amélioration de la production de preuves), de l'enfant (meilleure protection lors du témoignage) et la justice (plus grande sécurité dans le jugement).

L'enquête, de nature qualitative, a duré de mars à novembre 2018. Elle a concerné 5 États du Brésil, plus précisément un État par région du Brésil, plus le District fédéral. L'objectif était d'évaluer le degré de mise en œuvre des dispositions de la loi n° 13.431 et de la Recommandation 33 du CNJ, qui concernent le témoignage spécial. L'enquête a regroupé trois domaines d'analyse liés à l'optimisation du témoignage : l'environnement du témoignage, la formation de l'équipe technique et l'application correcte des protocoles durant le témoignage.

La Recommandation 33 et la loi n° 13.431 visent en particulier à réduire les risques de revictimisation de l'enfant au cours du témoignage. Que prescrivent-elles dans les grandes lignes ?

Tout d'abord, en ce qui concerne l'environnement de l'interrogatoire, elles établissent que le TS doit être réalisé dans une salle à part, c'est-à-dire différente de la salle d'audience, un enregistrement vidéo du TS étant transmis en direct à la salle d'audience. Tant la structure de

14 de la Constitution de la République de l'Inde, les rendant vulnérables au harcèlement, à la violence et à la discrimination sociale, en particulier dans les secteurs de l'emploi, de l'éducation et de la santé, et en ce qui concerne l'accès aux espaces publics (du vote du Juge Radhakrishnan)... ».

Antonio Jorge Pereira Júnior est Docteur en Droit par l'Université de São Paulo, Brésil, professeur à l'Université de Fortaleza – UNIFOR, Brésil.

Cour constitutionnelle de l'Équateur • 10/05/2017 • Arrêt N° 133-17-SEP-CC -- Affaire N° 0288-12-EP c • RDF 2018-I, 211 avec les notes de Javier Muñoz • EC/JUR/1/2017  
« ...Le refus de la demande de changement de sexe – du sexe féminin au sexe masculin – dans le domaine administratif et judiciaire, constitue une violation des droits constitutionnels au libre développement de la personnalité et à l'identité personnelle de la requérante ; cela empêche la jouissance de ses droits constitutionnels... »

Tribunal pour enfants du comté d'Hamilton, Cincinnati, Ohio • 16/02/2018 • "JNS" - Affaire numéro F17-334 X • RDF 2018-V, 221 avec les notes d'Ana Hilbert • US/JUR/1/2018  
« ...La garde légale de l'enfant qui fut diagnostiquée avec une dysphorie de genre doit être concédée à ses grands-parents maternelles, étant donné qu'ils prennent soin de l'enfant de manière adéquate et qu'ils ont démontré leur capacité à répondre à ses besoins ; des preuves de l'accord des parents avec cette solution ont été présentées ; tant l'avocat ad hoc comme le tuteur ad litem ont soutenu qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de continuer à vivre avec eux... »

188. Même si l'on note des difficultés quant à sa mise en œuvre dans tout le pays, il existe des projets d'amendement au sein du

l'édifice où a lieu le TS que le mobilier de la salle où il est réalisé doivent garantir la vie privée de l'enfant et éviter tout risque de rencontre avec l'agresseur.

Le deuxième point concerne la formation exigée de l'équipe technique interprofessionnelle. Cette formation doit être continuellement actualisée pour renforcer l'application des protocoles déterminés par le tribunal de justice en question.

S'agissant des protocoles utilisés, le CNJ et la loi demandent à ce qu'ils soient observés de manière stricte, de sorte que le témoignage soit corroboré par la base scientifique incorporée à la procédure, attestée par les institutions techniques et judiciaires.

Concernant la trajectoire historique du TS par la justice brésilienne, le premier tribunal à l'avoir appliqué est le Tribunal de Rio Grande del Sur, dans le sud du pays, en 2003. Le TS a ensuite été étendu à tous les tribunaux.

En 2010, le CNJ a publié la Recommandation 33 et a élaboré des lignes directrices à l'intention des tribunaux du Brésil pour qu'ils se conforment à la procédure. Toutefois, ce n'est qu'en 2017, avec l'adoption de la loi fédérale n° 13.431, que la mise en œuvre du TS a été rendue obligatoire.

La loi inaugure une nouvelle culture judiciaire vis-à-vis des enfants et des adolescents, et a plusieurs effets, y compris budgétaires. En vue de soutenir la mise en œuvre du TS au Brésil, le CNJ et l'ENFAM se sont unis sur le plan administratif et dans le domaine de la formation pour renforcer la mise en place de cette nouvelle culture judiciaire. L'enquête réalisée par l'université de Fortaleza s'inscrit dans ce contexte de cartographie des conditions matérielles et humaines des tribunaux du Brésil, qui servira à la conception des plans de formation qu'élaboreront les institutions citées ci-dessus.

Quelques données du travail dont a été chargé l'université de Fortaleza peuvent être anticipées. Pour ce qui est des exigences requises concernant l'environnement de l'interrogatoi-

re, il a été observé que les éléments prescrits par la Recommandation du CNJ et par la loi ne sont pas mis en œuvre de façon uniforme par les tribunaux ; il s'agit là d'un objectif que l'action conjointe du CNJ et de l'ENFAM devra atteindre.

L'article 12, alinéa III, de la loi n° 13.431, établit la nécessité de disposer d'une salle exclusivement dédiée au témoignage spécial. À cet égard, il a été constaté au cours de visites que certains tribunaux présentent des lacunes, en particulier dans les districts judiciaires (comarcas) éloignés des capitales des États.

Ainsi, seuls 54 % des tribunaux de districts visités possèdent une salle distincte de la salle d'audience spécifiquement dédiée au témoignage spécial. Il a été mis en évidence que dans la majorité des cas, les pratiques diffèrent entre les tribunaux de districts de l'intérieur (c.-à-d., ceux qui relèvent des districts en dehors de la capitale de chaque État de la fédération) et ceux de la capitale. Seuls les tribunaux de l'État du Rio Grande do Sul, État pionnier en matière de TS, présentaient une homogénéité des pratiques. Les tribunaux doivent également se préoccuper de la façon dont les districts judiciaires de l'intérieur de chaque État de la fédération sont structurés pour éviter de longs déplacements aux enfants.

S'agissant du manque d'uniformité observé lors de l'enquête par rapport à l'environnement du TS, un point de divergence concerne la mise à disposition de jeux aux enfants dans les salles réservées au TS. Dans les tribunaux de district ayant fait l'objet d'une visite, 42 % des salles ne disposent pas de jeux alors que 57 % mettent des jeux à la disposition des enfants. À ce sujet, l'étude bibliographique réalisée en amont de l'enquête sur le terrain indique qu'on craignait que les adultes, cherchant à obtenir la collaboration de l'enfant au moyen de jeux, finissent par assumer un rôle similaire à celui des agresseurs. L'enquête a également souligné que les invitations à échanger de façon ludique avec l'enfant (les réponses par le jeu) peuvent fausser le TS. En effet, le TS requiert une attention profonde de l'enfant, qui peut être détournée par le recours à des jeux. Dès

Parlement argentin visant à lui donner un caractère d'« ordre public ».

lors, des efforts doivent être entrepris pour uniformiser l'organisation du TS dans le pays, afin de différencier la « salle d'attente », équipée de jeux, de la salle du TS, plus neutre.

Il a été démontré que dans certains lieux, la structure même de l'édifice constitue un obstacle à l'application concrète du modèle décrit dans la loi. Des stratégies doivent être trouvées pour garantir un espace suffisamment lumineux, isolé sur le plan acoustique (article 12, III, partie finale de la loi n° 13.431), et sécurisé, pour faire en sorte qu'il n'y ait aucun contact avec l'agresseur (article 9 et article 12, §3 de la loi n° 13.431).

L'enquête a aussi démontré une absence d'uniformité en ce qui concerne le choix et l'application des protocoles. Or, étant donné qu'il s'agit d'un problème qui peut gravement porter atteinte à la santé de l'enfant, le choix et l'application des protocoles doivent prendre en compte les doctrines les plus sûres, et les indications des professionnels du domaine de la santé, qui tiennent compte d'éléments comme la mémoire de l'enfant, le niveau de traumatisme et le préjudice subi, sa capacité à distinguer la vérité du mensonge, à s'exprimer, à reconnaître le corps humain, etc.

Il convient également de noter le laps de temps qui s'est écoulé entre la date des faits et la date du TS. Dans un cas extrême, 10 (dix) années ont passé entre ces deux dates. Dans 45 % des cas, entre 2 (deux) et 7 (sept) ans se sont écoulés entre les faits et le témoignage.

idéalement être porté à 100 %. Dans 72 % des cas, l'enfant a été entendu au moins deux fois. Dans 61 % des cas, la répétition de la procédure n'a pas été justifiée. Par ailleurs, la production anticipée de la preuve que prévoit la loi n° 13.431 n'est pas habituellement utilisée, malgré le fait qu'elle soit recommandée dans tous les cas de violence sexuelle et lorsqu'un mineur de moins de 7 ans est impliqué. Elle n'a été utilisée que dans seulement 16 % des cas étudiés.

Enfin, il est apparu que l'existence d'un protocole d'action conjointe entre le tribunal, le Mi-

nistère public, le Bureau du défenseur public et la police civile, ce qui est le cas dans 54 % des tribunaux de district étudiés, ne contribue ni à diminuer le nombre de fois qu'un enfant est entendu ni à réduire le temps entre la date des faits et le témoignage. Un autre point qui demande à être amélioré.

Face à ces données et à d'autres qui n'ont pas été présentées ici, on conclut à titre provisoire qu'il est urgent de combler les fissures institutionnelles qui empêchent la réussite de la procédure.

Par leur rôle de premier plan, les juges seront les principaux responsables de la réussite du TS. C'est pourquoi il est nécessaire qu'ils reçoivent une formation les habilitant à mener la procédure, ce qui nécessite une formation en gestion, car le modèle prévu au Brésil intègre des tâches qui dépassent l'activité purement judiciaire.

Ainsi, il appartiendra au juge formé d'assurer la mise en œuvre de la loi n° 13.431, chaque fois que les ressources humaines et techniques seront à sa disposition pour agir au sein du tribunal dont il relève, et avec le soutien du CNJ, afin de garantir le respect des prescriptions de la loi au sein de son district judiciaire.

Pour mener à bien une telle mission, la formation devra aller plus loin que l'enseignement stricte de la théorie, afin que le juge devienne un acteur de la transformation. En particulier, il doit être habilité à élaborer des stratégies d'action qui permettent d'atteindre les objectifs de la loi dans son district, en collaboration avec les organes compétents, et qui réduisent les préjudices en attendant que la loi soit intégralement appliquée.

Enfin, l'enquête a permis de constater que le scénario est positif, grâce à l'engagement ~~des équipes et des juges. Avec le soutien des écoles de formation et du CNJ pour former au mieux les juges, la procédure du TS devrait se perfectionner dans les prochaines années.~~

Antonio Jorge Pereira Júnior est Docteur en Droit par l'Université de São Paulo, Brésil, professeur à l'Université de Fortaleza – UNIFOR,

Brésil.

Résumé de l'affaire

## 4.2. JURISPRUDENCE

### 4.2.1. États-Unis – interdiction de la peine de mort pour les mineurs âgés de moins de 18 ans

Jurisprudence *Roper c. Simmons*,  
543 U.S. 551

Cour suprême des États-Unis

2004 : 13 octobre (plaidoirie orale) ; 2005 : 1er mars (jugement)

N° 03-633

Références jurisprudentielles

543 U.S. 551 \* | 125 S. Ct. 1183 \*\* | 161 L. Ed. 2d 1 \*\*\* | 2005 U.S. LEXIS 2200 \*\*\*\* | 73 U.S.L.W. 4153 | 18 Fla. L. Weekly Fed. S 131

DONALD P. ROPER, DIRECTEUR, CENTRE PÉNITENTIAIRE DE POTOSI, Appelant c. CHRISTOPHER SIMMONS

Historique de l'affaire : [\*\*\*\*1]

SUR ORDONNANCE DE CERTIORARI À LA COUR SUPRÊME DU MISSOURI

State ex rel. *Simmons v. Roper*, 112 S.W.3d 397, 2003 Mo. LEXIS 123 (Mo., 2003)

Issue de l'affaire :

la Cour suprême des États-Unis a confirmé la décision de la Cour suprême du Missouri.

Mots-clés

peine de mort, mineurs, délinquants, peine capitale, personnes souffrant d'arriération mentale, adultes, meurtre, maturité, jeunesse, jugement rendu à la pluralité des voix, exécutions, âge minimum, culpabilité, condamnation, affaires, délinquant juvénile, proportionnalité, décisions, jurys, droits, législatures, catégoriel, atténuant, pays, décence, condamnation à mort, individus, opinions, indice objectif, jurés

Historique de l'affaire

C. Simmons, mineur (intimé), a commis un meurtre à l'âge de 17 ans. Il a été jugé et condamné à mort. Il a saisi la justice de l'État du Missouri d'une action en réparation postérieure à une condamnation, affirmant que le raisonnement sous-jacent à l'interdiction d'exécuter des personnes souffrant d'arriération mentale en vertu du 8e amendement de la Constitution américaine permettait également d'instaurer l'interdiction de la peine de mort pour les mineurs âgés de moins de 18 ans au moment des faits. La Cour suprême du Missouri s'est ralliée à la position de l'intimé. Le recours en certiorari a été accordé.

Aperçu

La Cour suprême des États-Unis a commencé par examiner les indices objectifs de consensus sur l'abolition de la peine de mort pour les mineurs, tels qu'il sont exprimés dans les textes législatifs des législatures ayant abordé la question. Trente (30) États ont aboli la peine de mort pour les mineurs : 12 ont purement et simplement rejeté la peine de mort et 18 l'ont maintenue mais ont exclu les mineurs de son champ d'application par des dispositions expresses ou par voie jurisprudentielle. La Cour a noté que même dans les 20 États n'interdisant pas formellement la peine de mort pour les mineurs, la pratique était rare. La Cour a ainsi estimé qu'il y avait suffisamment de preuves pour démontrer que la société américaine considérait les mineurs comme appartenant à une catégorie de personnes moins coupables que le criminel moyen, et a mis en avant trois raisons à cela : (1) on retrouve chez les jeunes plus souvent que chez les adultes un manque de maturité et un sens des responsabilités sous-développé, des caractéristiques qui sont davantage compréhensibles au sein de cette population ; (2) les jeunes sont plus vulnérables ou sensibles aux influences négatives et aux pressions extérieures, y compris les pressions par les pairs ; (3) le caractère d'un jeune n'est pas autant affirmé que celui d'un adulte. La Cour a conclu que le 8e amendement interdit l'imposition de la peine de mort aux délin-

quants juvéniles de moins de 18 ans.

Issue de l'affaire

L'arrêt annulant la condamnation à mort de l'intimé a été confirmé.

## 4.2.2 Afrique du Sud

Dans un arrêt récent (Ex Parte T Molantoa obo O Moloantoa et autres requérants) impliquant le Road Accident Fund (RAF), à savoir le fonds d'indemnisation des accidents de la route qui reçoit, entre autres, les demandes d'indemnisation lors de la disparition d'un parent, et plusieurs requérants, la Haute Cour de North Gauteng (ci-après « la Haute Cour ») en Afrique du Sud a déclaré qu'il n'était pas nécessaire de nommer un tuteur ad litem lorsqu'il existe dans la famille d'un enfant une personne s'occupant de lui qui est habilitée à solliciter les services d'un avocat pour intenter une action contre le RAF. Dans son arrêt, la Haute Cour a indiqué que plusieurs requérants avaient cherché à ce que des tuteurs ad litem soient nommés pour représenter les enfants aux fins des procès malgré le fait que des membres de la famille des enfants avaient déjà confié les affaires respectives à des avocats. La Haute Cour a déclaré que :

- l'adulte qui s'occupe de l'enfant et qui fait partie de la même famille est compétent pour assister l'enfant dans sa demande d'indemnisation ;

- le fait que la personne qui s'occupe de l'enfant soit un membre de la famille autre qu'un parent biologique n'est pas une raison en soi pour la nomination d'un tuteur, ni le fait que cette personne soit pauvre ou sans instruction.

La Haute Cour a souligné :

« L'article 32 (1) de la loi 38 de 2005 sur l'enfance prévoit qu'une personne qui s'occupe volontairement d'un enfant doit protéger la santé, le bien-être et le développement de ce dernier. L'intérêt supérieur de l'enfant est primordial dans les questions le concernant.

Dans l'esprit collectif du législateur, il ne fait aucun doute que la famille nucléaire (soit la mère biologique, le père biologique et les enfants biologiques) n'était et n'est en aucun la norme universelle dans ce pays. Pour quelle raison le législateur imposerait-il un obstacle purement bureaucratique sur le chemin de la revendication des droits des enfants ? Je ne vois pas en quoi l'esprit de la loi sur l'enfance ou ses objectifs seraient retardés si l'article 32 était interprété de manière à permettre à une personne s'occupant d'un enfant de l'assister dans sa demande d'indemnisation. Une telle interprétation reconnaissant à cette personne cette compétence favorisera les objectifs de la loi. »

Il s'agit d'une évolution bienvenue, étant donné qu'elle s'inscrit dans une réalité vécue par la majorité des enfants pris en charge par leur famille élargie ou par un proche parent en Afrique du Sud. L'arrêt est disponible (en anglais) à la page suivante :

[http://www.centreforchildlaw.co.za/images/files/ourcases/2018.09.26\\_raf%20judgment.pdf](http://www.centreforchildlaw.co.za/images/files/ourcases/2018.09.26_raf%20judgment.pdf)

## 5. NOUVELLES PUBLICATIONS

BELOFF, Mary, Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales (Droits de l'enfant et protection spéciale de l'enfant dans le système interaméricain : analyse systématique d'arrêts fondamentaux, non traduit), Buenos Aires, Ad Hoc, 2018

Compte rendu de Mariano Kierszenbaum et Martiniano Terragni



I. Les Etats de droit modernes façonnent leurs systèmes juridiques selon trois niveaux normatifs au minimum : les normes de droit commun, les normes constitutionnelles et les normes de droit international. S'agissant des normes de droit commun, leur interprétation revient en général en dernier recours aux tribunaux ordinaires ; des normes constitutionnelles se chargent les plus hautes instances nationales, à savoir les tribunaux supérieurs ou les cours suprêmes ; enfin, les normes de droit international sont à la charge des tribunaux ou des organes de suivi des traités.

De nombreuses discussions ont eu lieu sur l'importance de l'interprétation de ces normes de droit international par les tribunaux internationaux et les organes de suivi des traités, en ce qui concerne leur caractère obligatoire (ou non) et leur application, le cas échéant, par les tribunaux locaux. Sans s'arrêter sur ces discussions, il est largement admis dans notre région que les normes issues de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ne peuvent s'appliquer sans tenir compte de l'interprétation desdites normes par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH). Dès lors, la connaissance des arrêts de la Cour et de leurs points les plus pertinents constitue une obligation pour tous les praticiens du droit des différents pays qui composent le continent américain. Il est évident qu'étudier la totalité de la jurisprudence de la Cour dans chaque domaine particulier peut s'avérer complexe

et difficile, étant donné que le règlement de chaque affaire demande au praticien du droit d'effectuer des recherches approfondies qu'il n'est pas toujours en mesure de réaliser par manque des ressources nécessaires. En outre, la jurisprudence de la Cour IDH s'intéresse fortement, depuis longtemps déjà, à déterminer l'étendue des droits de groupes vulnérables déterminés, en particulier les enfants et les adolescents. Seul un spécialiste peut connaître une si grande jurisprudence, ce qui requière des juges qu'ils se spécialisent. Toutefois, il est impossible que tous les juges qui interviennent dans des affaires impliquant des enfants soient spécialisés, et cela n'est pas dû à un défaut de l'organisation judiciaire, sinon au fait que l'intérêt supérieur d'un enfant peut se retrouver impliqué, à côté d'autres droits, dans quelle juridiction.

Pour cela, un ouvrage offrant une analyse systématique et thématique des arrêts fondamentaux de la Cour IDH, ainsi que des références complètes à la jurisprudence (y compris européenne), aux normes et à la doctrine, devient un instrument essentiel pour le travail de toute personne intéressée par les aspects juridiques de l'enfant, ce qui en fait une œuvre indispensable. Sans aucun doute, le livre de la professeure Mary Beloff que nous évoquons ici, intitulé « Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales » (Droits de l'enfant et protection spéciale de l'enfant dans le système interaméricain : analyse systématique d'arrêts fondamentaux, non traduit, Hammurabi, Buenos Aires, 2018), remplit amplement ces objectifs.

II. Le livre se compose de sept chapitres. Le premier chapitre, intitulé « El derecho del niño a su protección especial » (Le droit de l'enfant à une protection spéciale), analyse le corpus normatif du droit international des droits de l'enfant, tant en ce qui concerne ses antécédents que les débats actuels dans ce domaine. Le chapitre introduit notamment des problèmes complexes liés à la portée et à la structure des droits de l'enfant, et signale les tensions qui existent entre les droits relatifs à

la liberté et les droits à des prestations.

Ces tensions sont particulièrement marquées dans le domaine de la justice juvénile. À cet égard, l'auteure met en évidence que, selon la Cour IDH, garantir des conditions de vie digne signifie, entre autres, prévenir la délinquance juvénile et la violence chez les jeunes, de telle sorte que même dans ce domaine où les droits à la liberté sont censés primer, les droits à des prestations dont découlent des obligations de l'État restent en vigueur. Dans ce contexte, l'article 19 de la Convention américaine reconnaît clairement aux enfants une sphère de protection spéciale ; celle-ci implique des obligations de prestation supplémentaires de la part des États, des familles et de la société toute entière à l'égard des enfants.

En ce qui concerne les fondements de cette protection spéciale ou renforcée, l'auteure signale qu'elle repose sur le principe que les enfants se trouvent dans une situation de plus grande vulnérabilité, ce qui nécessite une attention, des soins et un soutien spécifiques de la part des adultes.

Le deuxième chapitre, « La traducción latinoamericana del corpus iuris de protección de derechos humanos de niños » (La traduction latino-américaine du corpus juris de la protection des droits de l'enfant) porte un œil critique sur comment la Convention relative aux droits de l'enfant a eu des effets spécifiques sur la région. En particulier, l'auteure met en évidence deux réductionnismes : l'un juridique et l'autre pénal ; juridique, dans le sens où, dans la région, la Convention a eu pour effet de mettre la priorité sur les réformes juridiques au dépend des modifications et du développement des institutions ; pénal, car ces réformes se sont en majorité concentrées sur l'approbation de lois sur la responsabilité pénale juvénile plutôt que sur des aspects liés à la protection des enfants et aux obligations de l'État. En outre, l'auteure signale que la Convention relative aux droits de l'enfant a été perçue comme une rupture radicale dans la région, alors qu'en réalité, elle devrait être vue comme la continuité et l'approfondissement d'un ensemble de normes destinées à la protection non seulement des

enfants, mais aussi de toute personne en général, que le droit international avait déjà reconnu dans des traités, conventions et déclarations antérieurs.

Par conséquent, l'auteure soutient que pour dépasser la rhétorique des droits de l'enfant et faire réellement avancer la vie des enfants latino-américains, la « traduction latino-américaine » du corpus juris doit emprunter une autre voie que l'approche réductionniste juridico-pénale. Pour cela, elle avance qu'il est nécessaire que des professionnels issus des différentes disciplines relevant de l'intervention sociale (réunies sous l'appellation de *pedagogia* en portugais) participent à l'élaboration et au développement du contenu du droit des enfants à une protection spéciale, qu'il s'agisse de définir des politiques publiques ou d'établir l'étendue et les caractéristiques de mesures judiciaires. En définitive, l'auteure propose de remplacer l'hégémonie du savoir juridique par une approche interdisciplinaire intégrant différents savoirs complémentaires.

Le troisième chapitre, intitulé « La regulación del derecho de los niños a su protección especial en las normas del sistema interamericano » (La réglementation du droit de l'enfant à une protection spéciale dans les normes du système interaméricain) traite en particulier de l'article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de la portée que lui a donnée la Cour IDH. Il évoque en particulier les mesures spéciales de protection et le concept d'enfant.

Dans le quatrième chapitre, intitulé « Decisiones contenciosas del sistema interamericano que se pronuncian sobre el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos » (Décisions contentieuses rendues par le système interaméricain sur l'article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme), l'auteure compile de façon exhaustive et analyse de manière approfondie la totalité des affaires contentieuses liées audit article. Pour faciliter l'analyse, l'auteure regroupe les différentes affaires selon les thèmes suivants : a) affaires portant sur des violations individuelles (violence institutionnelle – urbaine et

exécutions sommaires –, affaires de justice pénale impliquant des adolescents, affaires de discrimination fondée sur le statut de migrant ou de réfugié, affaires de violence fondée sur le genre, affaires impliquant des communautés autochtones, affaires de discrimination dans le contexte des relations familiales, affaires impliquant le droit à la santé et les besoins spéciaux ; b) affaires de violations massives des droits de l'homme (disparitions forcées et violence à l'égard des communautés) ; c) affaires d'enfants victimes pour lesquelles l'État a été condamné sans que ne soit analysé le contenu de l'article 19 ; d) affaires d'enfants victimes pour lesquelles la portée de l'article 19 de la Convention a été analysée, mais pour lesquelles l'État n'a pas été condamné pour des raisons procédurales.

Le cinquième chapitre, intitulé « Medidas provisionales emitidas por la Corte IDH en casos relacionados con niños » (Mesures provisoires émises par la Cour IDH dans des affaires impliquant des enfants), analyse trois mesures adoptées par la Cour IDH relatives à la justice juvénile et qui concernent les conditions de mise en œuvre des mesures de privation de liberté et le droit de l'enfant à la famille, en lien avec une affaire d'adoption. L'auteure met en évidence la quantité disparate d'affaires contentieuses dans lesquelles des mesures provisoires ont été appliquées. En effet, les mesures provisoires sont rarement appliquées par la Cour IDH, à la différence de ce qui arrive dans les systèmes juridiques nationaux, où l'utilisation de mesures provisoires dépasse en général les décisions de fond.

Le sixième chapitre, intitulé « Opiniones consultivas de la Corte IDH relacionadas con los derechos del niño » (Avis consultatifs de la Cour IDH liés aux droits de l'enfant), porte sur l'avis consultatif n° 17 sur la condition juridique et les droits de l'enfant, et l'avis n° 21 sur les droits et les garanties des enfants dans le contexte des migrations. En ce qui concerne l'avis consultatif n° 17, l'auteure aborde ses effets sur la jurisprudence ultérieure de la Cour IDH en ce qui concerne, entre autres, le concept d'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant et les caractéristiques des procédures judiciaires ou

administratives dans lesquelles participent les enfants. S'agissant de l'avis consultatif n° 21, l'auteure analyse l'articulation de la Convention américaine avec d'autres instruments du droit international régional, en ce qui concerne : a) la protection de toute personne migrante et b) la protection des enfants migrants.

Dans le septième chapitre, intitulé « Balance y perspectivas de la utilización del sistema interamericano en la protección de los derechos humanos de los niños » (Bilan et perspectives de l'utilisation du système interaméricain dans la protection des droits de l'enfant), l'auteure met en avant l'importance, en lien avec la construction du corpus juris latino-américain de la protection des droits de l'enfant, du paragraphe 144 du vote de la majorité dans la décision sur le fond de l'affaire « Villagrán Morales », lequel paragraphe fixe le droit à la vie et offre un potentiel inhabituel pour toutes les décisions ultérieures du système interaméricain. Selon l'auteure, « la jurisprudence de la Cour IDH a renoncé à donner un contenu théorique général aux "mesures de protection" prévues à l'article 19, ainsi qu'à "l'intérêt supérieur de l'enfant" – la prétention initiale de plusieurs requérants ; au lieu de cela, ces concepts se développent sur une analyse individuelle de chaque affaire, à partir des différentes formes de violations des droits de l'homme qui se présentent.

Après avoir analysé l'ensemble des résolutions contentieuses, consultatives et provisoires de la Cour IDH concernant la portée du droit de l'enfant à des mesures spéciales de protection, l'auteure répond à la question suivante : le système interaméricain a-t-il permis de faire avancer la reconnaissance et les garanties des droits des enfants sur le continent ?

L'auteure s'intéresse aux particularités des orientations stratégiques sur lesquelles doivent s'appuyer les praticiens du droit au moment de décider de porter une affaire devant le système interaméricain ou non. À ce sujet, elle indique qu'ils doivent tenir compte des délais importants du système et de la surexposition possible des enfants vulnérables en raison d'un litige international.

En définitive, l'auteure souligne qu'il est abso-

lument nécessaire de réfléchir à ce qu'entraîne le fait de porter des affaires devant le système interaméricain, étant donné que les stratégies et les actions à mener seront différentes en fonction de ce que l'on attend d'un système de justice supranational.

En se basant sur son analyse approfondie des processus d'élaboration et de mise en œuvre de la justice pénale pour adolescents, ainsi que des systèmes de protection du dernier quart de siècle en Amérique latine, l'auteure conclut qu'« (...) une lecture intégrale des traités (...) telle que celle faite par la Cour IDH dans toutes ses décisions liées à l'article 19, permet d'affirmer clairement la nécessité que l'État transcende son rôle de simple garant des droits de la défense, et adopte des politiques sociales concrètes à l'intention de groupes requérant une protection spéciale. (...) Les traités autorisent une part de paternalisme justifié envers l'enfance, [mais] n'établissent pas son contenu, ses limites, sa mise en œuvre et le pouvoir (judiciaire et administratif) de l'État dans ce domaine. L'avenir du système interaméricain, en tant que cadre institutionnel efficace pour garantir tous les droits des enfants latino-américains, réside dans le dépassement de cet obstacle ».

## 6. LES ACTIVITÉS DE L'AIMJF – DES NOUVELLES DU BUREAU

Marta Pascual – Présidente de l'AIMJF



Chers amis, chers collègues,

Depuis mai 2018, j'assume la présidence de l'AIMJF, succédant ainsi à Avril Calder qui a travaillé avec dévouement et enthousiasme pour l'association pendant les quatre années de son mandat.

Le Congrès mondial sur la justice pour enfants qui s'est tenu en mai dernier au siège de l'UNESCO, à Paris, a été un grand succès grâce à la qualité des intervenants, y compris des représentants de plusieurs pays, et à la participation de près de mille personnes de tous les continents. Ce Congrès a été le fruit d'un long processus et de la collaboration de plusieurs ONG aux intérêts similaires, collaboration qui a permis d'unir les efforts et d'étendre la portée de l'événement tout en réduisant les coûts élevés liés à l'organisation.

C'est dans ce contexte que l'on m'a remis la main de marbre qu'ont reçue avant moi les

présidents de notre association. J'ai participé à l'AIMJF pendant de nombreuses années, et ceux qui m'ont précédée à la tête de notre association sont des modèles en raison de leur lutte en faveur des droits des enfants et des jeunes. Je viens d'Argentine, où j'ai toujours vécu, et si l'on observe un planisphère, mon pays se situe presque au bout du monde. J'ai toujours travaillé dans le domaine de la justice juvénile ou pour des associations s'occupant des questions liées à l'enfance et à la jeunesse. Depuis 2002, je suis membre d'un tribunal pénal juvénile qui traite de situations de mineurs ayant commis des crimes ou des délits.

Comme je l'ai déjà mentionné devant le conseil, j'aspire à ce que le plus grand nombre de collègues participent à l'association et à ce que leurs travaux et idées soient mis en lumière par cette dernière. Il est nécessaire que de nouveaux membres et des associations nationales rejoignent l'AIMJF afin d'élargir notre réseau et de faire connaître les différentes façons de travailler avec des enfants et des jeunes dans le monde. Les technologies sont un autre point crucial : en recourant aux progrès des technologies de l'information et de la communication, nous serons en mesure de tenir des réunions à distance et de lier les membres de différents continents. Il suffira pour cela d'organiser des conférences en ligne en précisant la date et l'heure aux membres.

Notre site internet sera également remanié. Il sera désormais possible, en quelques clics, d'accéder aux décisions judiciaires, aux nouvelles lois et aux bonnes pratiques de la justice juvénile, ainsi qu'à des informations sur les réunions et les événements liés aux enfants et aux jeunes. Le site internet sera mis à jour tous les mois et nous souhaitons y incorporer des courtes vidéos d'une minute qui présenteront des pratiques et des expériences en matière de justice juvénile.

Gabriela Yuba, juge de la famille à Ushuaïa (Argentine), sera chargée du site internet et recevra les contenus pour ce dernier à l'adresse suivante : [gabrielayuba@hotmail.com](mailto:gabrielayuba@hotmail.com).

En ce qui concerne la Chronique – pour laquelle Avril a déployé des efforts considérables –,

Eduardo Rezende Melo, juge des enfants à São Caetano do Sul, San Pablo (Brésil) et ancien secrétaire de l'association lors de la présidence de Joseph Moyersoén, sera le nouveau rédacteur en chef.

Au cours des quatre prochaines années de mon mandat, j'invite tous les membres de l'association à travailler dans les domaines qui nous concernent et en particulier ceux qui nous intéressent le plus. Des rassemblements internationaux préalables au prochain congrès mondial qui aura lieu en 2022 se tiendront dans chaque continent : en juin 2019 à Buenos Aires (Argentine), en 2020 en Afrique et en 2021 en Asie.

Voici les idées principales que je souhaite impulser pour notre association :

- Le dialogue interinstitutionnel
- La formation de groupes de travail
- La création de liens entre les ONG
- Le partage de bonnes pratiques
- L'appui à la recherche universitaire

J'aspire à rencontrer chacun des membres de l'association ou des organisations nationales, à en savoir plus sur leurs activités interinstitutionnelles ou personnelles, et à travailler ensemble pour les enfants et les jeunes, afin que leurs intérêts soient pris en compte par ceux qui planifient et élaborent des politiques en matière d'enfance. C'est avec passion que je souhaite que nous travaillions à la réalisation de ces changements qui créeront un monde meilleur pour les enfants et les jeunes.

Cordialement,  
Marta Pascual

## 7. LE REGARD REGIONAL SUR LA JUSTICE ET L'ENFANCE- DES NOUVELLES DES SECTIONS REGIONALES OU DES CONSEILS CONSULTATIFS RÉGIONAUX

Même s'ils ne sont pas formellement prévus par les statuts de notre association, les conseils consultatifs régionaux sont une initiative visant à se rapprocher non seulement des préoccupations centrales des membres dans leurs activités quotidiennes, mais aussi de leurs attentes vis-à-vis de l'association.

Cependant, les conseils vont plus loin que cela : ils expriment un souhait de proximité entre les membres et sont l'occasion de discuter en profondeur et à différents niveaux des études et des pratiques impliquant les droits des enfants et des adolescents. L'Europe a fait le premier pas avec la création de la section européenne. Forte des rencontres fructueuses et des résultats intéressants qu'elle a suscités, la section européenne a su démontrer son utilité aux autres continents.

Nous envisageons les conseils de deux façons.

D'une part, ils serviront d'espace de réflexion sur les défis communs que connaissent différents pays et seront également un moyen de soutenir les actions visant à garantir les droits de l'enfant et à améliorer les structures judiciaires. Le partage régulier d'informations sur les expériences communes et les projets en cours dans le domaine des droits de l'enfant, ainsi que l'organisation d'événements pluriels, sont des stratégies qui ont une forte incidence sur la façon de penser et de garantir les droits des enfants et des adolescents dans chaque région.

D'autre part, et en lien avec la Chronique, les conseils consultatifs régionaux viendront sou-

tenir le conseil éditorial de la Chronique en lui proposant des thèmes de discussion, des auteur-e-s, des articles, des expériences, des projets et des affaires judiciaires qu'il pourrait mettre en avant. Avant tout, dans le cas d'une association internationale de professionnels de la justice, la vie associative invite à un dialogue entre les normes internationales et la diversité des normes nationales et régionales qui nous concernent, et en particulier les enfants de nos pays. Les conseils régionaux offriront sans aucun doute une nouvelle perspective à la Chronique, plus complexe, intéressante et diverse, qui, en retour, enrichira l'ensemble des membres.

En qualité de rédacteur en chef de la Chronique, j'ai envoyé un message à tous les membres de l'association, les invitant à s'unir, par continent, pour former des conseils régionaux, et à y siéger en tant que représentant de leur pays. Si vous n'avez pas reçu mon message et que vous souhaitez participer à cette initiative collective, je vous prie de m'écrire en m'indiquant votre nom et le pays que vous représentez.

Dans l'intervalle, c'est avec plaisir que je vous présente les personnes qui composent déjà les conseils consultatifs régionaux de l'association. Je souhaite remercier vivement ces personnes pour leur soutien et leur collaboration à cette initiative.

### AFRIQUE

**Cabo Verde (Cap-Vert) - Angela Rodrigues**

**Guinée - Sylla Nifali**

**Kenya - Christine Njagi**

**Sénégal - Mame Ngor**

**Afrique du Sud - Karabo Ozah**

**Tunisie - Essafi Monia**

### AMÉRIQUE DU NORD

**Canada : Lise Gagnon**

**États-Unis : Leonard Edwards ; Dave Stucki**

### AMÉRIQUE LATINE

**Argentine : Gabriela Yuba**

**Brésil : Hugo Zaher**

**Chili : Claudia Miranda**

**Mexique : Yessenia Salazar**

**Paraguay : Nilsa Sarquís**

Gabriela Yuba (docteure en droit) est avocate, diplômée de la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires (UBA). Elle possède un master en droit de l'enfant de l'Université notariale d'Argentine. Elle a occupé les fonctions suivantes : Défenseuse sociale du territoire national de la Terre de Feu (TDF) ; Défenseuse publique principale du Ministère public à Ushuaïa ; Juge de la famille et des enfants du Tribunal n° 1 d'Ushuaïa, TDF. Représentante en Argentine du Conseil consultatif régional d'Amérique latine de l'AIMJF. Conseillère auprès du ministère du Développement social de TDF.

Pérou : Jean Smith, Olga Dominguez Jara et Doris Rodriguez

#### ASIE

Bangladesh : Mohammad Deloar Hossain

Inde : Madan Lokur, Nikhil Roy et Nadira Patherya

Japon :

#### EUROPE

Margreeth Dam (Pays-Bas) – présidente de la section européenne

Aline Grünwald (Allemagne) – coprésidente de la section européenne

#### MOYEN-ORIENT

Jordanie : Siyma Barkin Kuzmin

#### PACIFIQUE SUD (OCÉANIE)

En cours de formation, avec le soutien momentané du juge Andrew Becroft de Nouvelle-Zélande.

## 7.1. AMÉRIQUE DU NORD NOUVELLES DU CANADA

La loi sur la légalisation du cannabis <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/cannabis/>

Le 17 octobre 2018, le Canada est devenu le deuxième pays à légaliser la possession de cannabis sur l'ensemble de son territoire. Avec l'adoption de la Loi sur le cannabis, le gouvernement canadien vise à protéger la santé et la sécurité publiques ainsi qu'à prévenir les activités illicites liées au cannabis. La loi a également pour objet de protéger la santé des jeunes en restreignant leur accès au cannabis.

Bien que désormais légales, les activités touchant à la consommation, à la vente et à la culture du cannabis font l'objet d'une réglementation stricte, laquelle varie cependant d'une province à l'autre. À titre d'exemple, en ce qui concerne les adolescents, la législation fédérale autorise la possession de cinq grammes ou moins de cannabis, mais certaines provinces ont adopté des lois spécifiques interdisant aux mineurs de détenir cette substance.

Au cours des prochains mois et des années à venir, il sera particulièrement intéressant d'évaluer l'impact de la légalisation du cannabis sur les habitudes des consommateurs. Loin de susciter l'unanimité au sein de la population et des élus, il demeure que les différentes mesures adoptées en la matière ne manqueront pas de continuer à faire couler beaucoup d'encre.

Francis Parent-Mailloux, avocat au service de recherche de la Cour du Québec

## 7.2. Amérique du Sud

Le conseil consultatif régional latino-américain : un nouveau défi



Gabriela Yuba

La création du conseil consultatif régional latino-américain au sein de l'AIMJF constitue un grand défi, parce qu'il s'agit non seulement d'apporter des informations sur la doctrine, la jurisprudence et les pratiques locales, mais aussi d'encourager la synergie nécessaire à cet échange de réalités distinctes qui est essentiel dans la construction d'une nouvelle identité.

C'est justement cette identité régionale qui apporte tout son sens à l'AIMJF, car elle se base sur une approche fondée sur les droits de l'homme et elle est un élément vital d'inté-

gration contribuant au renforcement des systèmes de justice pour les enfants et les adolescents.

Tenant compte des conclusions du Congrès mondial sur la justice pour enfants qui s'est tenu du 28 au 30 mai 2018 au siège de l'UNESCO, à Paris, nous tendons vers une « Justice AVEC les enfants », fondée sur les droits de l'enfant, une plus grande participation des enfants et adaptée à ces derniers.

Ces objectifs nous obligent à renforcer nos pratiques et nos interventions en matière de protection et de promotion des droits des enfants et des jeunes.

Les conflits armés, le changement climatique, les déplacements humains, les crises économiques, le terrorisme, l'influence des technologies et des moyens de communication numérique, sont autant de phénomènes qui ont des incidences sur la société, et en particulier sur les franges vulnérables dont font partie les enfants et les adolescents, et qui nous forcent à porter un nouveau regard sur nos actions et à les redéfinir.

Aujourd'hui, le monde globalisé dans lequel nous vivons soulève des problématiques communes qui requièrent des réponses coordonnées et interreliées. L'intérêt supérieur des enfants et des adolescents, la protection de la famille et la promotion des droits des sujets les plus vulnérables ne connaissent pas de frontières : il s'agit d'une obligation mondiale qui concerne la dignité humaine et qui nécessite des efforts conjoints.

La mise en œuvre du conseil consultatif régional latino-américain est une action positive orientée vers la protection et la promotion effective des droits des enfants et des adolescents. Elle suppose non seulement de s'engager envers la construction d'une culture des droits de l'homme, mais aussi d'adopter une approche régionale qui apportera des outils efficaces pour analyser et aborder une réalité toujours plus complexe et aux conséquences importantes sur les droits des enfants.

Je salue donc la création du conseil consultatif

régional latino-américain, désireuse de partager avec mes collègues et membres de l'association les moteurs essentiels à la dynamique organisationnelle, ainsi que l'enthousiasme et l'engagement nécessaires à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'autonomisation réelle des enfants et des adolescents en tant que sujets de droits.

Cordialement

## 7.3. Europe - Nouvelles

### Section européenne

À la suite du congrès de l'AIMJF qui s'est tenu en Tunisie en 2010 a été créée une section européenne de l'AIMJF ouverte aux magistrats de l'ensemble des pays du Conseil de l'Europe.

Depuis, chaque année s'est tenue une réunion de la section dans un pays différent (2010 : Italie ; 2011 : France ; 2012 : Belgique ; 2013 : Suisse ; 2014 : Belgique ; 2015 : France ; 2016 : Royaume-Uni ; 2017 : Pays Bas ; 2018 : France). Le thème choisi pour chacune des réunions a fait l'objet d'un questionnaire envoyé préalablement aux collègues de chacun des pays. Par exemple, pour les deux dernières réunions, le thème était en 2017 : « Le traitement ordinaire, les expériences innovantes et les bonnes pratiques concernant les mineurs privés de liberté avant et après le jugement pénal ». En 2018, profitant d'une part, de la tenue du congrès mondial à Paris puis, du colloque organisé par l'Association Française des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille du 31 mai 2018 sur « L'enfermement des mineurs au pénal, en protection, en soins, approche comparative internationale », la section européenne a abordé l'examen de la Directive de l'Union européenne 2016/800 du 11 mai 2016 « Relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales ».

## 8.1. Conseil national des juges des enfants et de la famille (National Council of Juvenile and

## Family Court Judges, NCJFCJ) - États-Unis

82e conférence annuelle

Du 28 au 31 juillet 2019

Orlando, Floride

Hôtel Omni Orlando Resort (Championshipsgate)

La 82e conférence annuelle du Conseil national des juges des enfants et de la famille (NCJFCJ) comprendra des présentations exceptionnelles sur des sujets d'actualité et d'avant-garde qui inspireront et favoriseront les réflexions et les débats autour des enjeux du système de justice des enfants et de la famille. Des séances plénières seront illustrées par des formations spécifiques sur le droit de la famille, la justice des enfants, la protection de l'enfance et les violences familiales ; d'autres séances porteront sur des solutions pratiques et innovantes. Voilà un bref aperçu de l'offre éducative de la 82e conférence annuelle du NCJFCJ.

Si vous souhaitez obtenir plus d'informations et vous inscrire à la conférence, veuillez consulter la page suivante (en anglais) : <https://www.ncjfcj.org/82nd-annual-conference>

## 8.2 Le concours de plaidoirie sur les droits de l'enfant à l'université de Leyde

Le concours de plaidoirie sur les droits de l'enfant (The Children's Rights Moot Court Competition, CRM) est un événement organisé par le département des droits de l'enfant et le Centre Grotius d'études juridiques internationales de la faculté de droit de Leyde, à l'université du même nom (Pays-Bas), pour promouvoir les droits de l'enfant dans le monde. Des étudiants et des professionnels du monde entier sont nombreux à participer à cet événement d'une grande actualité pour débattre de questions contemporaines urgentes relatives aux droits de l'enfant dans les locaux de la faculté de droit de Leyde. Cet article revient sur les caractéristiques du CRM et vous indique comment vous

pouvez y participer, si cela vous intéresse.

Ses origines

Même si, depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant, les enfants sont théoriquement reconnus en tant que détenteurs de droits, la réalité sur le terrain ne correspond pas toujours à cette réalité juridique. C'est pourquoi, en 2012, la Chaire UNICEF des droits de l'enfant (Chaire UNICEF) a été créée pour rassembler et diffuser des informations sur les droits de l'enfant, car on estime que la connaissance des droits de l'enfant contribuera à leur émancipation juridique.

Le CRM a été lancé par la faculté de droit de Leyde en 2014 à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. L'événement s'inscrit dans la mission de la Chaire UNICEF de promotion des droits de l'enfant à travers l'éducation et la recherche.

Non seulement le CRM initie les équipes participantes à la plaidoirie d'une affaire ardue liée à ce domaine complexe du droit (qui rejoint d'autres champs du droit et englobe de nombreux défis sociétaux qui touchent les enfants et leur famille du monde entier) devant un public international, mais il sensibilise également toutes les personnes en lien avec la faculté de droit de Leyde (au sein de la faculté et bien au-delà) aux droits de l'enfant dans un contexte spécifique.

*« Pour nous, ce concours de plaidoirie a été une expérience enrichissante de maintes façons, à la fois d'un point de vue personnel comme sur le plan académique. Nous avons pu améliorer nos compétences en plaidoirie et à l'écrit. Nous nous sommes familiarisés avec la recherche dans différents niveaux de législation. Nous avons énormément tiré de cette expérience. Nous avons aussi beaucoup apprécié l'affaire parce qu'elle répondait vraiment aux problèmes auxquels le monde fait face. Dans le même temps, nous avons eu l'occasion de rencontrer des personnes intéressantes du monde entier. »*

*(Participant au CRM de 2017)*

*Son organisation*

Le CRM est un concours international qui a lieu tous les deux ans pendant trois jours et qui s'adresse à des étudiants en droit ayant un réel intérêt pour les droits de l'enfant à l'échelle internationale. Les étudiants en troisième année et/ou en master de droit de tous les pays sont admis. Les deux précédentes éditions du concours de plaidoirie (en 2014 et en 2017) ont attiré des étudiants du monde entier, de l'Afrique du Sud à l'Irlande.

Au moyen d'une procédure fictive, les étudiants en droit sont formés à deux phases cruciales de la procédure de plainte : la rédaction des arguments juridiques (les mémoires) pour le demandeur (un enfant ou un groupe d'enfants) et le défendeur (un État), ainsi que la plaidoirie des arguments oraux fondés sur ces mémoires. Les textes qui sont écrits et plaidés sont le résultat d'un travail d'équipe, ce qui est souvent une nécessité dans toute carrière juridique. Le CRM offre ainsi aux équipes participantes une occasion stimulante d'acquérir les compétences nécessaires pour poursuivre une carrière juridique (internationale).

#### Une plateforme pour les professionnels

Bien que le but du CRM soit avant tout éducatif, l'événement constitue aussi une plateforme pour les professionnels travaillant dans le domaine des droits de l'enfant. Le jury d'évaluation qui est chargé d'évaluer les mémoires et/ou les plaidoiries est composé d'experts du monde entier qui travaillent au quotidien sur des questions liées aux droits de l'enfant en tant que juge, avocat, chercheur ou autre. Les éditions précédentes du CRM ont montré que les professionnels sont désireux de devenir membre du jury dans la mesure où cela leur permet de rencontrer des pairs d'autres pays dans leur domaine du droit. Le CRM est également une plateforme ouverte à la discussion académique. Lors du troisième jour du CRM, une brève conférence permet aux membres du jury de présenter les recherches qu'ils mènent et les débats qui s'y rapportent. Ainsi, le CRM est aussi un événement social. Les participants, les visiteurs et les membres du jury sont en mesure de construire leur réseau profes-

sionnel, en rencontrant d'autres participants du monde entier lors des moments de rencontre prévus au cours de l'événement.

#### L'affaire

L'affaire fictive du CRM tourne toujours autour d'une question d'actualité urgente liée aux droits des enfants nécessitant une évaluation sous l'angle de leurs droits. Lors du premier concours, en 2014, 15 équipes d'étudiants de neuf pays différents ont plaidé une affaire concernant la protection des enfants dans différentes juridictions, dans des contextes de conflit et de situation d'« urgence ». La seconde édition du CRM a eu lieu en mars 2017 et concernait la détention d'une mère demandeuse d'asile et de son enfant. Lors de la prochaine édition, du 3 au 5 avril 2019, les participants seront évalués sur leur application de la Convention relative aux droits de l'enfant dans une affaire où l'État a historiquement eu une sphère d'influence limitée.

Participez aux prochains CRM !

Si vous souhaitez rester informé à propos du CRM et apporter votre soutien en tant que juge, examinateur ou coach lors des prochaines éditions, n'hésitez pas à nous contacter. Consultez également notre site (page en anglais) pour plus d'informations.

### 8.3 Ouvert aux candidatures: Master (LL.M.) spécialisé en droits de l'enfant - Université de Leiden

Le Département des droits de l'enfant est désormais ouvert aux candidatures pour le programme d'étude "Master (LL.M.) spécialisé en droits de l'enfant" débutant en Septembre 2019 pour la prochaine année académique de 2019-2020 à l'Université de Leiden (Pays-Bas). Il s'agit d'un programme international de petite échelle offrant une spécialisation approfondie où les étudiants apprendront à faire face à l'augmentation des développements juridiques concernant les enfants dans les domaines internationaux, régionaux et nationaux. Le programme est ouvert aux professionnels du

droit et aux diplômés du monde entier, ayant un diplôme de droit ou ayant un diplôme d'un niveau équivalent dans une autre discipline avec une connaissance suffisante en droit. La date limite d'inscription est le 1er avril 2019 pour les étudiants non européens et le 15 juin 2019 pour les étudiants de l'UE. Découvrez notre dernière newsletter ici et visitez notre page Facebook.

## 8.4. Prè congrès mondial et rencontre régional de l'AIMJF.

Réserver la date: Pré congrès mondial et rencontre régional de l'AIMJF

Date : 6 et 7 juin 2019

Local : Faculté de Droit de l'Université de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentine

Comme une action continue de préparation du congrès mondial de l'AIMJF, qu'aura lieu en 2022, le Bureau a décidé qu'à chaque année son rencontre coïncidera avec la réalisation d'un pré congrès, chaque fois dans un continent divers, et, dans la même occasion, on réalisera un rencontre régional de l'AIMJF. En 2020, le pré congrès et rencontre régional aura lieu en Afrique et en 2021 probablement en Moyen Orient ou en Asie. La programmation et les moyens d'inscription seront diffusés prochainement

Toutes les monnaies sont acceptées, le système de PayPal fera la conversion en livres sterling.

2. directement sur les comptes bancaires suivantes:

GBP: to Barclays Bank, Sortcode 204673, SWIFTBIC BRCGB22, IBAN GB15 BARC 2046 7313 8397 45, Account Nr. 13839745

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

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

Il est bien sûr également possible de payer en liquide en donnant la somme directement à l'un des membres du Comité exécutif.

Sans votre cotisation, il nous serait impossible de publier cette Chronique.

Si vous avez besoin d'aide, n'hésitez pas à me contacter par courriel ([treasurer@aimjf.org](mailto:treasurer@aimjf.org))  
Merci beaucoup d'avance!

Anne-Catherine Hatt, Trésorière AIMJF

## 9. Rubrique de la Trésorière

Appel de payer les cotisations 2019

L'Assemblée générale 2018 à Paris a décidé en Mai 2018 d'adapter le montant de cotisation des membres individuels à 45 livres sterling, 50 Euros ou 60 Francs Suisses

Je profite de l'occasion qui m'est donnée pour vous rappeler les moyens de vous acquitter de cette cotisation :

1. en vous rendant sur le site web de l'AIMJF : cliquez sur « Membership » et puis sur « Subscribe » pour pouvoir payer en ligne, via le système sécurisé PayPal.

## 10. La Rubrique des contacts

IAYFJM Child Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>
Child Rights Connect	A global child rights network connecting the daily lives of children to the UN. Press release: Children can now seek justice through the UN	<a href="#">Find it here</a>
CRIN	Website	<a href="#">Find it here</a>
The Child Rights	Email	<a href="mailto:info@crin.org">info@crin.org</a>
Information Network	<a href="https://www.crin.org/en/home/what-we-do/">https://www.crin.org/en/home/what-we-do/</a>	<a href="#">Find it here</a>
Defence for Children International	Website	<a href="#">Find it here</a>
European Schoolnet	Transforming education in Europe Skype e.milovidov Contact <a href="mailto:elizabeth.milovidov@eun.org">elizabeth.milovidov@eun.org</a> ENABLE project information	<a href="#">Find it here</a>
IDE International Institute for the Rights of the Child	Website  <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison</a> <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity</a>	<a href="#">Find it here</a>
	Contact	<a href="#">Find it here</a>
IJJO International Juvenile Justice Observatory	Website Newsletter <a href="http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-ijj">http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-ijj</a>	<a href="#">Find it here</a> <a href="#">Find it here</a>
OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>

PRI Penal Reform International	PRI is an international non-governmental organisation working on penal and criminal justice reform worldwide. PRI has regional programmes in the Middle East and North Africa, Central and Eastern Europe, Central Asia and the South Caucasus. To receive the Penal Reform International (PRI) monthly newsletter, please sign up at <a href="#">find it here</a>	<a href="#">Find it here</a>  <a href="#">Find it here</a>
Ratify OP3 CRC	Campaign for the ratification of the OP3:	<a href="#">Find it here</a>
TdH	Website	<a href="#">Find it here</a>
Fondation Terre des Hommes	Newsletter	<a href="#">Find it here</a>
UNICEF	Website	<a href="#">Find it here</a>
Washington College of Law,- Academy on Human Rights and Humanitarian Law	<a href="http://www.wcl.american.edu/">http://www.wcl.american.edu/</a>	

## 11. La Chronique – La voix de l’AIMJF et son comité de rédaction

La Chronique est la voix de l’Association. C’est une revue publiée deux fois par an dans les trois langues officielles de l’Association—l’anglais, le français et l’espagnol. Le but du Comité de Rédaction consiste à faire de la Chronique un forum de débat pour ceux qui sont concernés, dans le monde entier, par des questions relatives à l’enfant et à la famille, dans le domaine du droit civil en matière de l’enfant et de la famille, ou par les questions de la justice juvénile.

Comme expression d’une Association avec des membres dans plus de soixante pays, la Chronique est un important portrait de la diversité des pratiques au monde, surtout à la Justice, pour mieux mettre en place les droits des enfants, mais aussi pour améliorer la Justice elle-même, toujours avec un horizon de construction des réflexions théoriques que puissent contribuer à l’approfondissement du droit de l’enfant.

Avec la participation des membres, dans un grand réseau de collaborateurs, extensive à ses contacts dans les universités, les chercheurs indépendants, les organisations qui s’occupent des enfants, la Chronique est une source permanente d’articles théoriques, bonnes pratiques, de nouvelles publications, nouvelles lois et jurisprudence dans le monde entier.

Au-delà d’articles sur des sujets d’intérêt général, chaque édition dédie un espace à un sujet d’étude comparative, suggéré par le Comité de Rédaction, les Conseils Consultatifs Régionaux ou par un membre de l’Association.

Les contributions de tous les lecteurs sont bienvenues. Les articles pour la Chronique doivent

être envoyés en anglais, français ou espagnol. Le Comité de Rédaction s’engage à faire traduire les articles dans les trois langues – il sera évidemment très utile que les participants

fournissent des traductions.

Préférentiellement, les articles devraient être d’une longueur de 1500 à 2000 mots.

Les commentaires sur les articles déjà publiés sont aussi bienvenus. Les articles et les commentaires devraient être envoyés directement au Rédacteur en chef dans le courriel suivant : [chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org). Si vous préférez, vous pouvez les envoyer aussi à tout membre du Comité de Rédaction aux adresses ci-dessous. C’est l’opportunité de remerciement à tous les membres du Comité de Rédaction pour leur fondamentale collaboration.

**Aleksandra Deanoska – Macédoine** ([aleksandra\\_deanoska@yahoo.com](mailto:aleksandra_deanoska@yahoo.com))

**Andrew Becroft – Nouvelle Zélande** ([a.becroft@occ.org.nz](mailto:a.becroft@occ.org.nz))

**Gabriela Ureta – Chili** ([gureta@vtr.net](mailto:gureta@vtr.net))

**Jean Trépanier – Canada** ([jean.trepanier.2@umontreal.ca](mailto:jean.trepanier.2@umontreal.ca))

**Julia Sloth-Nielsen – Afrique du Sud** ([jsloth-nielsen@uwc.ac.za](mailto:jsloth-nielsen@uwc.ac.za))

**Leonard Edwards – États-Unis** ([judgeleonardedwards@gmail.com](mailto:judgeleonardedwards@gmail.com))

**Madan Lokur – Inde** ([madanlokur@gmail.com](mailto:madanlokur@gmail.com))

**Magdalena Arczewska – Pologne** ([Magdalena.arczewska@uw.edu.pl](mailto:Magdalena.arczewska@uw.edu.pl))

**Mary Beloff – Argentine** ([mabeloff@retina.ar](mailto:mabeloff@retina.ar))

**Nadira Patherya – Inde** ([patherya@gmail.com](mailto:patherya@gmail.com))

**Taghreed Jaber – Jordanie** ([tjaber@penalreform.org](mailto:tjaber@penalreform.org))

**Viviane Primeau – Canada** ([viviane.primeau@judex.qc.ca](mailto:viviane.primeau@judex.qc.ca))

# SUMMARY

---

<a href="#"><u>1. Editorial – Eduardo Rezende Melo (Editor in Chief)</u></a>	<b>146 - 148</b>
<a href="#"><u>2. COMPARATIVE STUDY - Diversity of parental configurations and the child’s right of family care</u></a>	<b>148</b>
<a href="#"><u>2.1. THEORETICAL APPROACHES</u></a>	<b>148</b>
<a href="#"><u>2.1.1 International Commercial Surrogacy: Its Impact on Children’s Rights and the Role of Family Courts. Claire Achmad – New Zealand</u></a>	<b>148 - 152</b>
<a href="#"><u>2.1.2. Filiation of children born through surrogacy in Canada and Quebec. Michelle GIROUX - Canada</u></a>	<b>153 - 154</b>
<a href="#"><u>2.1.3. Assisted reproduction techniques in Chile. Gabriela Ureta Roiron – Chile</u></a>	<b>154 - 161</b>
<a href="#"><u>2.1.4. Relative placement: the best answer for our foster care system. Leonard Edwards - USA</u></a>	<b>161 - 166</b>
<a href="#"><u>2.2. CASE LAW</u></a>	<b>166</b>
<a href="#"><u>2.2.1 Canada – Poly-parenthood &amp; surrogacy</u></a>	<b>166 - 167</b>
<a href="#"><u>2.2.2 Brazil – Poly-parenthood</u></a>	<b>167 - 168</b>
<a href="#"><u>2.2.3. UK – dispute for contact with the child</u></a>	<b>168 - 169</b>
<a href="#"><u>3. ORGANIZATIONAL OR METHODOLOGICAL INNOVATIONS (GOOD PRACTICES), INCLUDING IN TRAINING</u></a>	<b>170</b>
<a href="#"><u>3.1. Specialization of judges and prosecutors in juvenile justice. Theresia Höynck – Germany</u></a>	<b>170 - 174</b>
<a href="#"><u>3.2 Children in Contact with the Justice System. Guidelines update—you can help too! Avril Calder – UK &amp; Jean-François Noël – Canada</u></a>	<b>174 - 176</b>
<a href="#"><u>4. GENERAL TOPICS</u></a>	<b>176</b>
<a href="#"><u>4.1. THEORETICAL APPROACHES</u></a>	<b>176</b>

# SUMMARY

---

<a href="#"><u>4.1.1. Progressive Autonomy of children and adolescents and civil law: An approach to the Argentinian experience</u></a> <a href="#"><u>Marisa Herrera - Argentina</u></a>	<b>176 - 182</b>
<a href="#"><u>4.1.2. "The role of the State in the realization of the rights of boys, girls and adolescents. Trans childhood. Key elements in perspective towards childhood and adolescence".</u></a> <a href="#"><u>Gabriela Yuba -Argentina</u></a>	<b>182 - 191</b>
<a href="#"><u>4.1.3. Preview of the Special Testimony of the Child Victim of Violence in Brazil.</u></a> <a href="#"><u>Antonio Jorge Pereira Júnior - Brazil</u></a>	<b>191 - 193</b>
<a href="#"><u>4.2. CASE LAW</u></a>	<b>194</b>
<a href="#"><u>4.2.1 USA – prohibiton of death penalty to youth offenders</u></a>	<b>194 - 195</b>
<a href="#"><u>4.2.2 South Africa – child representation in civil cases</u></a>	<b>195</b>
<a href="#"><u>5. BOOK REVIEW</u></a> <a href="#"><u>Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni comment the book of BELOFF, Mary, Rights of the child. His special protection in the Inter-American system. Systematic analysis of fundamental rulings, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018</u></a>	<b>195 - 198</b>
<a href="#"><u>6. IAYFJM ACTIVITIES – NEWS FROM THE EXECUTIVE BOARD</u></a> <a href="#"><u>Marta Pascual – IAYFJM’s President</u></a>	<b>198 - 199</b>
<a href="#"><u>7. A REGIONAL PERSPECTIVE ON JUSTICE AND CHILDHOOD -NEWS FROM THE REGIONAL SECTIONS AND CONSULTIVE BOARDS</u></a>	<b>200 - 201</b>
<a href="#"><u>7.1. North America</u></a>	<b>201</b>
<a href="#"><u>7.2. South America</u></a>	<b>201 - 202</b>
<a href="#"><u>7.3. Europe</u></a>	<b>202</b>
<a href="#"><u>8. Agenda for upcoming events</u></a>	<b>202-203</b>
<a href="#"><u>8.1. NCJFCJ’s 82nd Annual Conference</u></a>	<b>202</b>
<a href="#"><u>8.2. The Children’s Rights Moot Court Competition at Leiden University</u></a>	<b>202 - 203</b>

# SUMMARY

---

<a href="#"><u>8.3. Master of Laws (LL.M) – Advanced Studies in International Children’s Rights – Leiden University</u></a>	<b>203</b>
<a href="#"><u>8.4. IAYFJM’s pre world congress and Latin American meeting.</u></a>	<b>204</b>
<a href="#"><u>9. Treasurer’s Column</u></a>	<b>205</b>
<a href="#"><u>10. Contact Corner</u></a>	<b>206-207</b>
<a href="#"><u>11. Chronicle – IAYFJM’S Voice and its Editorial Board</u></a>	<b>208</b>

## 1. Editorial

Eduardo Rezende Melo (Editor in Chief)  
- Brazil



I have the great honor to succeed Avril Calder as editor-in-chief of the Chronicle and to be able to collaborate with Marta Pascual, our new president of the IAYFJM, in this task of deepening approaches and studies about childhood and the System of Justice.

I must also say that it is a double challenge: maintaining the the quality and excellence of Avril's work and incorporating Marta's dynamism and vision to the Chronicle.

In spite of the short amount of time to organize the new editorial council and this edition, we hope to be able to submit a work that not only reflects the continuity but also the access to new ways of interaction between the Chronicle and the different activities the Association carries out, and especially, in the closest possible way to its members.

These changes are firstly reflected in a new

design of the Chronicle, easier to consult, allowing access to the articles from the contents through a link, and in just one document, to have three official versions, in Spanish, in French and in English.

In addition, we look forward to mirroring the cultural diversity of the members of the Association by increasing the Editorial Council of the magazine that now is composed of members from all the continents and from different legal models. Regional advisory councils have been added so we have invited members from each represented country in the Association in order to create more channels of participation and collaboration.

Together with these formal and organizational changes, there has also been the concern to provide the members with general studies on the rights of BGA, and also to go deeper on these issues in a comparative way by inviting the members and associates to write theoretical articles, submit case-law tendencies or new regulatory treatments in the different countries and regions. The editorial committee as well as the advisory regional committees were and will be, in this field, of decisive importance.

This triple base of the study of our field of law, doctrine, case-law and the regulatory text could not be, in a Magistrates Association, dissociated from the reflection on the organization of Justice, its challenges, its new horizons. This is a field that joins both magistrates and family judges, so we have to help provide not only theoretical reflections, but also think about the mobilization of the Executive Council and of the different levels of the Association as fundamental axes for the improvement of Justice, and thus, its capacity to guarantee rights. Although in this first edition a very short the time was given to both members and contributors to write their articles, it is with great satisfaction that we present the result of this collective effort of reflection on childhood, rights and justice.

Our topic of comparative debate in this edition was the diversity of family models and the rights of children.

Eduardo Rezende Melo holds a Law and Philosophy degree, a master degree both in Law and Philosophy and is finishing his Doctorate in Human Rights at the University of São Paulo, Brazil. He is Chronicle's Editor in Chief since 2018. He has been IAYFJM's Secretary General from 2010 until 2014, President of the Brazilian Association of Child Protection and Youth Judges and District Attorneys from 2008 until 2010. He is Judge in Brazil since 1991, always dealing with children's rights, and is pedagogical coordinator of the São Paulo State School of Magistrates in the field of children's rights.

Doctor Claire Achmad, from New Zealand, provides us with a global analysis of commercial surrogate gestation and its impact on human rights, particularly of boys and girls. Upon this consideration, on the one hand about the rights at risk for BGAs, and on the other hand, the lack of international agreement on the subject, especially because of the lack of legislation, assesses the challenges and the role of judges on the protection of the rights in question on the base of the Convention on the rights of children.

Professor Michelle Giroux, from Canada, analyzes the filiation of boys and girls born by surrogate gestation in their country, specifically in the province of Quebec. The regulatory chart of her country and her French-speaking province is submitted, and there is a discussion based on case-law precedents, concrete situations that show the need for legal changes, also questioning what the parameters of analysis would be for such a change.

Doctor Gabriela Ureta, comments on the regulatory limits in Chile regarding assisted reproductive techniques and submits a precedent by the Inter American Court on Human Rights as an important reference for the consideration of the rights in question. Thus, the Chilean cases and their treatment by Justice and the need to improve the national legislation are analyzed.

Doctor Leonard Edwards, from the United States, opens another path for discussion: how to regard the family when it is necessary to withdraw BGAs from their homes due to situations of abuse or negligence. Statistical studies from his country are submitted about kinship foster placement in this situations as well as a qualitative analysis in order to respect the rights of children, recommending that judges work closer to social services so that the extended family is considered in these extreme situations.

After this analysis, we bring case-laws sent by members of the Association on pluri-parenthood in Canada and in Brazil as well as an interesting discussion in the United Kingdom on a custody case about values compatibility between different communities (orthodox Jewish

and LGBT) regarding the rights of children.

In this edition, a specific section devoted to topics related to Justice development has been launched. The German Professor Theresia Höylinck submits an interesting analysis on the degree of effective specialization of judges that exercise the specialized judiciary in the juvenile penal area, showing the dicent between the regulatory framework and the reality of specialized Justice.

Also, in this section, Avril Calder, former president of IAYFJM, features the activities carried out for the release of the Guidelines of the Association about friendly justice for children.

In the field of general studies, three articles deal with the degree of recognition of the rights of boys and girls in their existential uniqueness.

Professor Marisa Herrera analyzes the principle of progressive autonomy (or skills evolution) in the Argentine civil law, paying special attention to the right to health and sexuality.

Doctor Gabriela Yuba, also from Argentina, regarding a case of transexuality in a school in her country, discusses the regulatory and practical recognition of sexual rights of BGAs, and the right of the State to protect them.

At last, Professor Antonio Jorge, from Brazil, submits the results of a research found in an investigation at the beginning of the enforcement of the new legislation in his country about advance testimony of boys, girls and adolescents who are victims or witnesses of violence.

The retired judge Leonard Edwards sends an archive that is not recent, but it is of a high symbolic and practical value with the prohibition in the United States of the use of death penalty for adolescents and also on the representation of children in civil trials in South Africa.

This edition ends with sections related to the activities of the Association.

Marta Pascual, current president, presents the objectives of her administration. In the regio-

nal area, we guarantee spaces so that the different continents through their regional advisory councils can present their activities.

The calendar of events, in the United States and in the Netherlands, the rubric of the treasurer, pieces of news on the web page in process of renewal also, and the editorial committee close this edition.

and the editorial committee close this edition. We hope the outcome is stimulating theoretically speaking, and serves as an invitation for a closer participation in our Association, especially in this Chronicle.

Everyone is certainly invited to write for the next edition in July, its topic of comparative study will be organized crime (including terrorism) and the challenges of Juvenile Justice.

Special thanks to my mates at the Editorial Council, the Regional Advisory Councils and all the persons who collaborated with this edition, I wish you all a good reading!

## 2. COMPARATIVE STUDY - Diversity of parental configurations and the child's right of family care

### 2.1 THEORETICAL APPROACHES

#### 2.1.1. International Commercial Surrogacy: Its Impact on Children's Rights and the Role of Family Courts

Claire Achmad – New Zealand



#### Introduction and background

Over the past half century, the concept of the family has undergone profound changes in many places around the world. In part, this has occurred due to advances in the scientific and technological methods enabling family formation. Since the world's first child was born via in-vitro fertilisation in 1977,<sup>1</sup> scientific advances in knowledge and medical technological capability have continued developing. This has meant that options for family formation using assisted reproductive technology (ART) have become more readily and widely available. However, some of the advances in this area have raised significant ethical, legal and moral

Claire Achmad is a child rights legal and policy specialist. She holds a doctorate from Leiden University. The title of her doctoral thesis is 'Children's Rights in International Commercial Surrogacy' (2018). She is a member of the core expert group convened by International Social Service to draft principles for better protection of children in international surrogacy, and she has advised the UN Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children on international surrogacy matters. Dr Achmad is admitted as a Barrister and Solicitor of the High Court of New Zealand, and is currently General Manager Advocacy, Barnardos, advocating for children's rights and well-being and based in Wellington, New Zealand.

1. Louise Brown, 'Louise Brown on 40 Years of IVF: I was the world's first IVF baby, this is my story', Independent, 25 July 2018, available at: <https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/ivf-baby-louise-brown-story-test-tube-world-first-40th-anniversary-a8455956.html>

2. For more information, see: Mina Alikani et al, 'First birth following spindle transfer for mitochondrial replacement therapy: hope and trepidation', *Reproductive Biomedicine Online*, 34(4) April 2017, pp.333-336, available at: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(17\)30078-0/fulltext](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(17)30078-0/fulltext)

challenges and questions.

Over the last decade in particular, advances in the field of assisted human reproduction have rapidly accelerated in a number of respects. During this time, these new developments have been most marked in two areas: firstly, surrogacy as an alternative method of family formation; and secondly, genetic engineering advances, which have led to the advent of mitochondrial replacement therapy, which is able to be deployed to prevent children from being born with inheritable genetic disorders caused by mitochondrial mutations.<sup>2</sup>

The use of mitochondrial replacement therapy is still very much in its early days, with the United Kingdom being the first state in the world to legislate to make its use in ART possible, meaning that children can now be born with DNA from three genetic parents.<sup>3</sup> It remains to be seen whether other states will follow suit to legislate to allow the use of genetic engineering in ART.<sup>4</sup>

On the other hand, the use of surrogacy as an alternative method of family formation has, over the past decade, become much more widespread. The rise of surrogacy has been most apparent in the cross-border context, with international surrogacy having developed in response to multiple drivers of demand. This has seen surrogacy markets established in a number of states, seeking to provide a supply of surrogacy that keeps up with demand. Rather than being purely altruistic in nature, surrogacy arrangements in the cross-border context often have a commercial element. Money is exchanged between those who seek a child through surrogacy, and those involved in the arrangement who enable a child to be provided in this way. Therefore, it is more accurate to refer to 'international commercial surrogacy' (ICS), when considering surrogacies taking place in this international setting.

The practice of ICS raises important legal issues. Most significant are the human rights challenges arising in ICS – in particular for the children born through ICS. These legal challenges in turn pose a challenge for legal decision-makers involved in individual ICS cases,

and for national and international legislators and policy-makers. This article provides a window into the evolving practice of ICS, with a focus on these two aspects: the impact of ICS on children's rights under the UN Convention on the Rights of the Child (CRC);<sup>5</sup> and the important role which can and should be played by family courts, judges and magistrates in this new frontier of national and international family law practice.

### The development of ICS as a new method of family-building

The practice of ICS involves a person or persons in one state (the 'commissioning parents') commissioning an arrangement whereby it is intended that a child will be born in another state, via surrogacy. The commissioning parents maintain an expectation that once born, the child will be provided to them. There are many different scenarios that can play out concerning the nature of a surrogacy arrangement, depending on factors such as which states are involved and their legal positions relating to surrogacy (i.e. in particular, the home state of the commissioning parents and the state in which the child is born in), whether or not donor gametes are used, whether or not one, both or neither commissioning parent share a genetic link with the child born through the surrogacy, and whether or not the surrogacy itself is a traditional surrogacy or a gestational surrogacy.<sup>6</sup>

ICS has developed as a new method of family formation in response to a number of drivers. Some of the most important of these are:

- Changing patterns of people waiting until later in life to try to have children in many developed countries;
- A downward trend in fertility rates in many countries;
- Declining numbers of children in need of adoption worldwide, as the principle of subsidiarity has been implemented and other factors have had an impact<sup>9</sup>; and
- Restrictive laws and policies gover-

3. The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 (UK).

4. See for discussion: <http://www.sciencemag.org/news/2018/06/singapore-could-become-second-country-legalize-mitochondrial-replacement-therapy>

5. UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.

6. The difference being that in a traditional surrogacy, the surrogate mother is herself genetically related to the child, whereas in a gestational surrogacy, the surrogate mother does not share a genetic link to the child.

7. See, e.g. Gretchen Livingston, 'They're Waiting Longer, but U.S. Women Today More Likely to Have Children Than a Decade Ago', Pew Research Center – Social and Demographic Trends, 18 January 2018, available at: <http://www.pewsocialtrends.org/2018/01/18/theyre-waiting-longer-but-us-women-today-more-likely-to-have-children-than-a-decade-ago/>

8. Max Roser, 'Fertility Rate', Our World in Data, 2017, available at: <https://ourworldindata.org/fertility-rate>

9. See for discussion, Jean-François Mignot, 'Why is intercountry adoption declining worldwide?', Population and Societies, No.519, February 2015, available at: [https://www.researchgate.net/publication/283084883\\_Why\\_is\\_intercountry\\_adoption\\_declining\\_worldwide](https://www.researchgate.net/publication/283084883_Why_is_intercountry_adoption_declining_worldwide)

ning the practice of surrogacy domestically in many states, meaning that surrogacy is only limitedly available or illegal.<sup>10</sup>

These drivers have functioned as push factors leading people to use ICS as a method of family building. The drivers of ICS have also leveraged off three key realities:

- Globalisation and the increasingly interconnected nature of the world has made it easier to access ART expertise and technology in a cross-border manner;

- Many states do not have clear laws and policies governing the practice of surrogacy within their state (meaning that ICS practice has been able to develop, taking advantage of grey legal areas); and

- No international agreement or law exists to govern the practice of ICS.

No official statistics exist on the number of children who have been born through ICS to date. However, over the past decade, as well as the continued legal practice of commercial surrogacy in a number of states in the United States of America (which are now also catering to international demand), there has been a boom in the practice of ICS. This ICS boom has been centred in a number of states in the Global South, where the practice of ICS has flourished. Of these, some have since largely closed down based on legislative interventions outlawing the practice (e.g. Thailand) or government efforts to limit the practice (e.g. India)<sup>12</sup>. A number continue to operate, with limited state intervention to govern the practice (e.g. Cambodia)<sup>13</sup> or within a legislated framework (e.g. Georgia; Ukraine)<sup>14</sup>. On the other side of the ledger, some states on the 'demand' side of ICS have, over the past decade, strengthened their legal positions on surrogacy to outlaw commercial surrogacy with extraterritorial effect (e.g. some Australian states).<sup>15</sup> Other states have applied their national laws to send a clear message that ICS is not a practice they condone under any circumstances, including when undertaken by their own citizens.<sup>16</sup>

As some states where ICS has flourished have

since moved to eliminate ICS within their own borders, the global ICS market has proved flexible and opportunistic. ICS supply springs up in new locations to meet global demand, supported by the industry of surrogacy brokers and companies that have developed behind the practice. This was evident when ICS spread to Nepal following the imposition of restrictions in India, and once Thailand criminalised ICS, it became more available in Cambodia and Laos. Today, ICS is reportedly a growing practice in some African states,<sup>17</sup> and although apparently uninvolved to date, South Pacific island states are a potential region of the world where ICS could develop in the future.

#### The rights of the child at stake in ICS

ICS has created myriad challenges because it is unprecedented in nature, functioning across international borders, involving states which take conflicting legal and policy positions on the practice, and centres on human reproduction. However, the most significant challenges arising through ICS are arguably those with ethical and human rights dimensions and intersecting with the law (or lack thereof). Although ICS raises significant challenges to the rights of women acting as surrogate mothers,<sup>18</sup> these dimensions are most apparent when considering the situation of the children conceived and born through ICS. Unlike intercountry adoption – which provides a child protection intervention to protect and promote the rights of existing children – children in ICS are new children who are brought into existence through the actions and decisions of commissioning parents and others. Children are the people involved in ICS who are most vulnerable to rights violations, because they are the people who completely lack agency in their early years to self-advocate for the protection of their rights, and they are also subject to the actions and decisions of others, namely the adult parties to ICS arrangements (commissioning parents, surrogate mothers and intermediaries such as surrogacy brokers).

Unfortunately, what has become clear is that adult parties to ICS do not always take the child or future child's rights and best interests into

10. E.g. In New Zealand, commercial surrogacy is prohibited and criminalised, see s.14(3), Human Assisted Reproductive Technology Act 2004. Under s.14 of the HART Act, altruistic surrogacy is legal. However, in practice, it is difficult to undertake, given the limited numbers of women willing to act as surrogate mothers.

11. See: Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technologies Act 2015 (Thailand).

12. The Surrogacy (Regulation) Bill 2016 is the latest draft legislation on surrogacy in India. Although other measures have already restricted ICS in India, if passed, the Bill would have the effect of banning commercial surrogacy in India.

13. The Cambodian Government has prepared a draft law on surrogacy, see for further information: <https://www.phnompenhpost.com/national/long-awaited-surrogacy-draft-law-finalised>

14. Art.143; 144 Law On Health (Georgia), for further information on surrogacy in Georgia, see [xx]-[xxx] of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children's country report; ; Art.123, Family Code of Ukraine. For further information on surrogacy in Ukraine, see: <https://www.bbc.com/news/world-europe-42845602>

15. ACT, New South Wales, and Queensland.

17. E.g. this has been clear in Italy, as seen in the European Court of Human Rights Case of Paradiso Campanelli v. Italy, Grand Chamber judgment, Application No 25358/12, 24 January 2017.

18. See for discussion, e.g. Amrita Pande, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, 2014.

account when taking decisions and acting in ICS arrangements.<sup>19</sup> This applies in the preconception, pre-birth and post-birth phases of an ICS arrangement. Combined with ICS's operation in legal grey areas and in ways that subvert domestic legal restrictions on the practice of surrogacy, this can result in children's rights and best interests being left unprotected, open to violation. Some of the child's rights are at heightened risk of violation in ICS, as has been demonstrated in ICS cases which have come before national courts and regional human rights courts.<sup>20</sup> These are the child's CRC rights to:

- preserve identity<sup>21</sup> (especially at risk when anonymous gametes are used in ICS arrangements, meaning the child will never be able to preserve the genetic element of their identity);

- nationality<sup>22</sup> (in many instances, children have been rendered stateless following their birth through ICS, because they are not granted nationality by their state of birth nor the home state of their commissioning parent(s));

- non-discrimination<sup>23</sup> (e.g. children born through ICS are sometimes discriminated against in official decision-making based on their birth status); and

- know and be cared for by their parents as far as possible<sup>24</sup> (made vulnerable due to the difficulties which often arise regarding the recognition of legal parentage of children born through ICS).

The principle of the best interests of the child<sup>25</sup> and the jus cogens prohibition on the sale of children<sup>26</sup> are also precarious in the practice of ICS. Indeed, children are arguably commodified through the practice of ICS, and the UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children has stated that 'commercial surrogacy as currently practised usually constitutes sale of children as defined under international human rights law'.<sup>27</sup>

The persisting lack of international consensus on ICS

The children's rights and wider human rights challenges arising through ICS are exacerbated by a persisting lack of international consensus regarding the practice. This lack of consensus exists due to the diversity of state positions regarding ICS and surrogacy more generally. States tend to fall into one of four categories regarding the practice of surrogacy:

- permit commercial surrogacy (the practice of commercial surrogacy is either explicitly mandated in national law or national law does not address surrogacy);<sup>28</sup>

- prohibit commercial surrogacy (commercial surrogacy is illegal within national borders, and in some states, with extraterritorial effect);<sup>29</sup>

- indifferent to commercial surrogacy (no relevant national law or policy governing surrogacy);<sup>30</sup>

- permit surrogacy under certain conditions governed by law or regulations (on an altruistic basis or with limited commerciality);<sup>31</sup> or

- actively considering their national position on surrogacy (including being in the process of drafting legislation to govern surrogacy, to permit, prohibit or mandate a hybrid approach).

This lack of international consensus on ICS, and the fact that a number of states are averse to ICS based on ethical and moral considerations,<sup>32</sup> means that reaching international agreement about the practice – including the prospect of an international convention governing ICS – will be difficult. However, a number of initiatives are under way at the international level, seeking to address this lack of agreement on ICS. An International Expert Group convened by the Hague Conference on Private International Law has, since 2015, been exploring the feasibility of advancing work concerning the private international law issues surrounding the status of children.<sup>34</sup> This includes issues arising from international surrogacy. The International Social Service (ISS) is also actively working in this area, with a specific focus

19. For further discussion, see: Claire Achmad, 'Unconceived, Unborn, Uncertain: Is pre-birth protection necessary in International Commercial Surrogacy for children to exercise and enjoy their rights post-birth?', Chapter Six in *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, 2018, available at: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/63088>

20. E.g. see: Jan Balaz v. Anand Municipality and 6 ors, AIR 2010 Guj 21, Gujarat High Court, 11 November 2009 (India); Baby Manji Yamada vs. Union of India & ANR, [2008] INSC 1656 (29 September 2008) (India); Ellison and Anor & Karnchanit [2012] FamCA 602 (Australia); Paradiso Campanelli v. Italy, European Court of Human Rights, Grand Chamber judgment, Application No 25358/12, 24 January 2017; *Mennesson v. France*, European Court of Human Rights, Chamber judgment, Application no 65192/11, 26 June 2014.

21. Art. 8(1) CRC.

22. Art. 7(1) CRC.

23. Art. 2(1) CRC.

24. Art 7(1) CRC.

25. Art. 3(1) CRC.

26. Art. 1, Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography, 25 May 2000, entry into force 18 January 2002; and Art. 35 CRC.

27. See Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, Study on surrogacy and sale of children, A/HRC/37/60, 15 January 2018, at [41], available at: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/37/60](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/60) The Special Rapporteur goes on to note that 'commercial surrogacy may not constitute

on promoting and protecting the rights of children in international surrogacy.<sup>35</sup> ISS has convened a core group of experts from around the world, working with it to draft principles for the protection of children's rights in the context of surrogacy. As part of this initiative, a broader multidisciplinary group of experts (representing all regions of the world) and key institutions relating to children at the international level have contributed to the draft principles' development.<sup>36</sup> The UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children has provided further focus on ICS at the international level, focusing on the practice as part of her country visits and recommendations to the UN Human Rights Council. This includes a singular focus on surrogacy through her 'Study on surrogacy and sale of children' presented to the Human Rights Council, in which she made wide-ranging recommendations concerning the practice of ICS with regard to the promotion and protection of children's rights.<sup>37</sup>

The role of family courts, judges and magistrates in upholding children's rights in ICS cases

Because ICS remains unregulated and unguided at the international level, and because of the application of conflicting national laws to ICS, ICS arrangements often come before national family courts, judges and magistrates. This means that they may be required to make decisions in relation to contexts that they know little about, and in situations presenting with significant information gaps.<sup>38</sup> Such cases arise most commonly in relation to applications for legal parentage or adoption in ICS, to regularise the relationship between the child and commissioning parents.

Considering the abovementioned pieces of information, family courts, judges and magistrates also occupy an important position in being able to directly contribute to protecting the best interests and Article 8 right of the child. By writing decisions and judgments that document this information, and which address the child's best interests and CRC rights explicitly, family courts, judges and magistrates can provide an important source of information for children born through ICS to be able to read and learn

from later in life.<sup>39</sup> Such decisions and judgments may serve to support the child's right to preserve their identity, and may also provide a source of official 'truth' regarding a time in the child's life where actions and decisions were made that will affect them for the rest of their lives.

**Conclusion: Applying the UN Convention on the Rights of the Child in practice to protect children in ICS**

ICS is a practice continuing to create challenges in international and national family law practice. It raises significant human rights challenges, particularly for surrogate mothers and the children conceived and born. In the absence of international consensus or agreement governing ICS, this practice continues. It is crucial that human rights are protected in ICS. To contribute to advancing such protection, the author has elsewhere outlined a comprehensive framework of recommendations for protecting the rights of the child in ICS through implementation of the CRC; it can be utilised as a tool by those working in this field and involved in ICS. Family courts, judges and magistrates can and should play an essential role in efforts to protect children's rights in ICS. They are in a powerful position to guard against the sale of children in ICS, and to ensure that where ICS is practiced, intentional steps are taken to protect and uphold children's rights and best interests.

sale of children if it closely regulated in compliance with international human rights norms and standards, and in a manner contrary to what exists in many commercial surrogacy regimes."

28. E.g. Ukraine; Georgia; State of California (United States of America).

29. E.g. New Zealand; State of New South Wales (Australia).

30. E.g. Laos; Kenya.

31. E.g. Israel; South Africa.

32. E.g. Cambodia.

33. E.g. many European states, including France and Italy.

34. Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law, Conclusions and Recommendations adopted by the Council (24-26 March 2015), at [5]; Reports of the Expert's Group on Parentage/Surrogacy are available at <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2011-2015>

35. International Social Service, Call for Action 2016: Urgent need for regulation of international surrogacy and artificial reproductive technologies, January 2016, available at [http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call\\_for\\_Action2016.pdf](http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf)

36. See: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news1/286-international-experts-meeting-in-zurich-to-protect-the-rights-of-surrogate-born-children>

37. *Supra*, n.27.

38. E.g. lack of information about the circumstances of a child's birth; child's genetic origins.

## 2.2.1 Filiation of children born through surrogacy in Canada and Quebec

Michelle GIROUX



Issues surrounding surrogacy are complex. The practice of surrogacy exists, regardless of strict rules in place. This has been reflected in a multi-disciplinary and international research report published in 2017, which sought to know the concrete application of law in such familial situations.<sup>41</sup> In the current article, we will briefly discuss the topics that were largely addressed by the report, that is Canada's framework for surrogacy, and in particular Quebec's filiation provisions for a child born to a "surrogate mother".

In the Canadian federation, surrogacy is governed by both federal and provincial law. The federal government has competence over criminal law and the Assisted Human Reproduction Act, adopted in 2004, establishes the legal framework in which assisted human reproduction must operate in order to remain legal<sup>42</sup>. A woman acting as a "surrogate mother" is not made illegal but is defined by law. Agreements

must be concluded on an altruistic basis; only commercial surrogacy is illegal. The federal act sets the minimum age of the surrogate mother at 21 and prohibits activities by persons acting as intermediary. Reimbursement of certain expenditures incurred by a surrogate mother in relation to her surrogacy is provided under Section 12 of the federal act, although federal regulations on the subject are still pending<sup>43</sup>. Since familial relations and filiation fall under provincial or territorial jurisdiction, the law in these areas differs from one jurisdiction to another. Moreover, French-inspired civil law governs private law in Quebec, whereas elsewhere in the country, it is rather the Common Law, derived from British tradition, that applies.

Some provinces have passed legislation on surrogacy: Newfoundland and Labrador<sup>44</sup>, Nova Scotia<sup>45</sup>, Alberta<sup>46</sup>, British Columbia<sup>47</sup> and very recently, Ontario<sup>48</sup>. In provinces where there is no legislation in this area (in Ontario until recently, in Saskatchewan and in New Brunswick), declarations of parentage have been issued by courts in the best interests of the child born through surrogacy in order to recognize the intended parents.

In Quebec, Section 541 of the Civil Code provides that any procreation or gestation agreements are null. This solution, adopted in 1994, was a necessity for reasons of public order, and more precisely in the light of the principle of the non-commercialization of human body and of the non-availability of civil status, as well as to ensure the best interests of the child in abstracto.

Despite the nullity of surrogacy agreements, surrogate mothers are used to fulfill a desire to have a child, and the question then arises of the filiation of children born through surrogacy. Most of the time, adoption is used, such mechanism being allowed, or, to a lesser extent, the birth certificate of a child born abroad is transcribed into civil status registers. Adoption is mostly used to determine the child's filiation, both for children born to surrogate mothers in Quebec and abroad. But, contrary to the situation prevailing in France where surrogacy is always performed abroad and where filiation

39. For further discussion of taking a 'child rights judgments' approach, see generally: Helen Stalford, Kathryn Hollingsworth and Stephen Gilmore, *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice*, 2017.

Michelle Giroux is a full professor at the Faculty of Law (Civil Law Section) of the University of Ottawa in Canada. She is a member of the Interdisciplinary Research Laboratory on the Rights of the Child (RLRC) and the Centre for Health Law, Policy and Ethics (CHLPE) of the University of Ottawa.

40. Claire Achmad, 'Framework of recommendations for promoting and protecting the rights of children in International Commercial Surrogacy (Proposed for use as a framework for a General Comment of the United Nations Committee on the Rights of the Child)' in Chapter 11 of *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, 2018, p.341ff, available at: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/63088>

41. This study enabled to draw interesting parallels in terms of comparative law between the countries studied (Canada, France, Belgium and Spain), as well as on social representations among families, lawyers and judges, through 70 interviews carried out in France and Quebec. For more details, see Laurence Brunet, Jérôme Courduriès, Michelle Giroux and Martine Gross, *Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-bénoise et comparaison internationale. RAPPORT FINAL*, under the scientific responsibility of Michelle GIROUX and Jérôme COURDURIÈS. The report (in French) is available online at: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/14-20-Rapport-final-Novembre-2017>.

is most commonly established by inserting the child's birth certificate in the French civil status register<sup>49</sup>, in Quebec, there is only one court ruling ordering the child's birth certificate to be inserted in Quebec civil registry<sup>50</sup>.

Regarding adoption, two jurisprudential schools coexist in Quebec: they differ on the decision to allow or not adoption by special consent of the child of the spouse who declared its filiation to the Registrar of the civil status and the surrogate mother. Two Court of Appeal rulings confirmed that in case of voluntary surrogacy agreement, adoption, although "the least unsatisfying solution", should be pronounced in the best interests of the child in concreto, despite the nullity of the agreement<sup>52</sup>.

These Court of Appeal rulings indicate that the public order school experienced a setback, but hesitations remain towards adoption as a means for establishing filiation of children born through surrogacy. Indeed, in March 2018, a first instance decision once again questioned the conclusions of the Court of Appeal by denying adoption of twins born to an American surrogate mother: the twins were given to their intended parents at birth, but the surrogate mother refused to transfer her parental rights by giving her consent for adoption, arguing that the intended parents still owed her sums of money for the services rendered<sup>53</sup>.

This case-law uncertainty shows very well that law reform is needed. The judges interviewed in the framework of the above-mentioned study, both in France and in Quebec, are fairly unanimous on the subject and ask the legislator to intervene for they feel they are being caught between contractual public order and the best interests of the child.

But how can we reform law? The comparative law analysis indicates a wide variety of proposed legislative models: surrogacy can be regulated, prohibited (using criminal law or not) or ignored<sup>54</sup>. One thing is certain: we cannot ignore this phenomenon and a debate is needed in Quebec in order to identify the most adequate model. Several questions should be raised in this debate. What is a parent? Is giving birth still the basis for establishing motherhood today<sup>55</sup>?

Is surrogacy a new way to have a child? If yes, should we recognize it as another assisted reproduction method and allow the intended parents to make a direct declaration of filiation of the child to the Registrar of Civil Status, therefore avoiding adoption<sup>56</sup>? Should transnational surrogacy receive the same treatment as surrogacy performed in Quebec or Canada? In this context, what is the adequate mechanism: adoption or recognition of the foreign birth certificate?

Although there hasn't been any government's proposal to amend the legislation up to now, some legal experts<sup>57</sup>, institutions<sup>58</sup>, as well as the Advisory Committee on Family Law<sup>59</sup>, have put forward proposals for a reform. The issue must now be made a priority on Quebec's legislative agenda!

Michelle Giroux is a full professor at the Faculty of Law (Civil Law Section) of the University of Ottawa in Canada. She is a member of the Interdisciplinary Research Laboratory on the Rights of the Child (RLRC) and the Centre for Health Law, Policy and Ethics (CHLPE) of the University of Ottawa.

### 2.1.3. Assisted reproduction techniques in Chile

Gabriela Ureta Roiron



pdf. The study was funded by the Mission de recherche Droit et Justice, in France.

42. Section 6 of Federal Act, Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2.

Gabriela Ureta Roiron is a lawyer, she has been Juvenile and Family Judge (1990-2014) and President of the Association of Juvenile and Family Judges in Chile, current Member of the Council of the International Juvenile and Family Magistrates

43. A proposal for a regulation text has just been published, see Canada Gazette, Part I, Volume 152, Number 43: Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations. Online: <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-10-27/html/reg3-eng.html>. In addition, a consultation was recently launched on the Assisted Human Reproduction (AHR) Act, see What We Heard Report: A Summary of Feedback from the Consultation: Toward a Strengthened Assisted Human Reproduction Act, available online at: <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/publications/drugs-health-products/feedback-toward-strengthening-assisted-human-reproduction-act.html>. Furthermore, the criminalization of assisted reproduction is questioned. See BILL C-404 - An Act to amend the Assisted Human Reproduction Act, which was introduced at first reading on May 29, 2018. Available online at: <http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-404/first-reading>. Since the bill was proposed by a member of parliament, it has no priority on the government's legislative agenda.

44. Vital Statistic Act, S.N.L. 2009, c. V-6.01.

45. Birth Registration Regulation, N.S. Reg 390/2007 (Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494).

46. Family Law Act, S.A.

## Introduction

The scientific and technological development started by P. Steptoe y R. Edwards in 1978, who achieved the first pregnancy with in vitro techniques and transfers of embryos to the uterus<sup>60</sup>, got the different philosophical, religious, biological and of course legal schools of thought, to start a debate and reflection about the ethical and legal effects that this new discovery brought to the community and especially to infertile couples that wished to procreate, and who had succeeded in reaching the goal that had been unachievable for them until that date.

Internationally, The World Health Organization has progressively incorporated the concept of “reproductive sexual health” which was approved at the International Conference over Population and Development held in Cairo in 1994.

Infertility is considered a disease of the reproductive system by the WHO, and therefore it causes States to ensure the provision of affordable and suitable services for treatment.

In Chile, since 1992, the State has taken a vital role in the infertility treatment, which has been financed through an agreement between Universidad de Chile, the Metropolitan Health Service (Servicio de Salud Metropolitano) and the Institute of Maternal and Childhood Research (Instituto de Investigaciones Materno Infantil), to include the in vitro, fertilizing techniques, the intracytoplasmic sperm injection and pronucleus and embryo cryopreservation.

In 2015 the Ministry of Health developed a Clinical Guide for infertility treatment as part of the National Women’s Health Program.

In vitro fertilization is a treatment that can be done by transferring embryos to the uterus or by the transfer of gametes to the Fallopian tube.

Although it is true that the techniques above-mentioned cause certain problems over which it would be convenient to have higher ethical and legal certainties, in general these problems have not been much judicialized.

This article will go over the Chilean experience on this matter.

## Background about the experience in Chile:

In 1984 the first baby was born, as a result of an assisted reproduction technique procedure, the use of this technique has grown rapidly. On the other hand, economic inequality prevent low-income people from accessing this treatment, also there are access difficulties derived from the great centralization of this country, also the cultural barriers because not everybody has Access to information on this topic.<sup>61</sup>

The National Health Fund (FONASA) has an assisted fertilization program that finances the diagnosis and low complexity medical procedures and aids with high complexity ones for couples that are beneficiaries of the Public Health System, but with scarce funds, and also with age requirements, and other, that in practice are really afforded by the couples themselves. The private health system does not cover procedures of assisted reproductive techniques (ART).

Access to ART is lower than in other Latin American countries, according to data by the Latin American Network of Assisted Reproduction in 2013.

These treatments can be accessed not only by heterosexual couples, but also by single persons and same-sex couples. These people are not considered in the statistics nor have Access to the public health network.

In Chile since 1990 more than 5.500 children have been born as a result of these procedures and according to the Ministry of Health there are approximately 250 thousand couples that suffer from infertility in Chile.<sup>62</sup>

From the above-mentioned it is concluded that there have been advances to the possibility that infertile couples have Access to the assisted reproductive techniques, due to their inclusion in public health programs, these adjustments have been insufficient for economic, geographical and social reasons.

2003, c. F-4.5.

46. Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25.

47. Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, c C.12, some amendments have been made to the act, notably on surrogacy by a recent act: All Families Are Equal Act, S.O. 2016, c. 23.

48. Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, c C.12, some amendments have been made to the act, notably on surrogacy by a recent act: All Families Are Equal Act, S.O. 2016, c. 23.

49. Not without problems; the issue was brought before the European Court of Human Rights and, as a result, France was condemned, but the case is not totally resolved, see *Mennesson v. France*, Application No. 65192/11, Judgment, Strasbourg, 26 June 2014 and *Labassee v. France*, Application No. 65941/11, Judgment, Strasbourg, 26 June 2014.

50. Insertion in the register is provided by Section 137 of the Civil Code of Quebec. *Droit de la famille -- 151172*, 2015 QCCS 2308. In this ruling, the child born in Pennsylvania to an American surrogate mother and whose intended parents were residents of Quebec (one was an American citizen and a Canadian resident) had an American birth certificate.

51. See Michelle GIROUX, “Le recours controversé à l’adoption pour établir la filiation de l’enfant né d’une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l’enfant”, (2011) 70 *Revue du Barreau* 509; Michelle GIROUX, *Filiation de l’enfant né d’une procréation assistée*, in *JurisClasseur Québec – Coll. “Droit civil”, Personnes et famille (No 1)*, fasci. 30, Montreal, LexisNexis Canada, 2010 (updated annually), 20 pages; Benoit MOORE, “Maternité de substitution et filiation en droit québécois”, in *Liber amicorum Mélanges en l’honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris,

In Chile to this date there is no regulation of these medical procedures that guarantee or protect the right to Access the reproductive techniques although there are regulations associated to this matter and draft bills still in process:

It is possible to mention the following regulations:

a) Exempt resolution N°1072 of the year 1985, the Ministry of Health, that refers to the regulations of in Vitro Fertilization and Embryo Transfer. To sum up, it shows that in order to guarantee the Constitutional Right to the right to life and the protection of the unborn, provided for in article 19, N°1 of the Political Constitution of the Republic, and due to the growing development of modern knowledge in the field of reproduction and new technologies to overcome infertility that affect some couples, provide guidance to the bodies related to the Ministry of Health with minimal regulations that require risk indications, benefits and costs of in vitro fertilization and Embryo Transfer. It points out certain ethical aspects that are important in its implementation, risks and costs to be considered, without disregarding the assistance priorities set by the Ministry of Health. The Resolution demands that the institutions that develop the ART programs keep records and clinical observations with pre-set protocols that are able to be modified, such material should be at the disposal of Health and Scientific Authorities.

b) Law N° 19.585 of year 1998, that modified article 182 of the Civil Code, refers to the filiation of a child conceived by the implementation of assisted reproduction techniques with or without donors. It quotes: "The father and the mother of a child conceived by the implementation of assisted human reproduction techniques are the man and woman that underwent such procedure. Filiation shall not be contested in accordance to the preceding rule, nor be claimed for a different one".

In Chile the above-mentioned regulation of article 182 of the Civil Code specifically refers to topics related to artificial insemination in vitro

fertilization, but not to surrogated maternity, and does not refer to cases where this has an onerous origin. Therefore, its scope is limited. Also, it is unclear what happens in the case of those embryos that have not been used with the duly authorization of their owners.

c) Law N°20.120 of year 2006 about Scientific Research on human beings, their genome, prohibits human cloning. This law seeks to protect the life of human beings, from the moment of their conception, their physical and mental integrity, as well as their diversity and genetic identity, related to the biomedical scientific research and its clinical applications.

The quoted law sums up that freedom to carry-out activities related to biomedical scientific research in human being's entails respecting the essential rights and liberties that emanate from human nature, recognized by both the Political Constitution and by the international treaties ratified by Chile, and guarantees the protection of human life from the conception and prohibits cloning and embryos destruction for producing stem cells.

However, the quoted law does not solve a disturbing problem: The fate of the embryos that are not used in the in vitro fertilization procedures, which could be used clinically in other scientific procedures or else be discarded.

#### International Law applicable in Chile

Due to the scarce positive law sources available on this matter, it is worth quoting an interesting sentence by the Inter-American Court of Human Rights that set important jurisprudence on the scope of the right to personal integrity, personal freedom and private and family life, related to in vitro fertilization that is worth mentioning:

"142. Article 11 of the American Convention requires the state protection of the individuals against the arbitrary actions of state institutions that affect private and family life. It prohibits all arbitrary or abusive interference on the private lives of the individuals, stating several of its areas as the private lives of their

Dalloz, p. 859. See also Jean PINEAU and Marie PRATTE, *La famille*, Montreal, Éditions Thémis, 2006, p. 682 to 685.

52. Adoption 1445, 2014 QCCA 1162; Adoption – 161, 2016 QCCA 16. The expression taken up by the Court of Appeal was first used by Benoit Moore, id.

53. Adoption- 1873, 2018 QCCQ 1693.

54. See L. BRUNET (Lead), *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate-General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, May 2013, p. 378.

55. See, inter alia, Marie-France BUREAU and Edith GUILHERMONT, "Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois", (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, beginning on p. 65.

56. See Anne-Marie SAVARD, "L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois?", in C. LANDHEER-CIESLACK and L. LANGEVIN (Lead), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589.

57. See in particular Michelle GIROUX, "Les conventions de procréation ou de gestation pour autrui au Québec : entre solution jurisprudentielle et réforme du droit", in V. Boillet, M. Roca i Escoda and E. de Luze (Coord.), *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 125-142; Stefanie Carsley, "Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood" (2018) 96:1 *Canadian Bar Review* 121; L. LANGEVIN, "La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision Adoption – 1445 ; quelques lumières sur les zones d'ombres et les con-

families. In this regard, the Court has sustained that the field of privacy is marked by being exempted or immune from the interventions or abusive aggressions by third parties or by the public authority. In addition, this Court has interpreted article 7 of the American Convention broadly stating that this includes a concept of freedom in an extended sense such as the capacity of doing or not doing all that is legally permitted. In other words, it constitutes the right of any person to organize, in accordance to the law, his or her individual and social life according to their own options and convictions. Thus, freedom is defined as a basic human right, specific to the individual's attributes that reaches out through all the American Convention. Furthermore, The Court has highlighted the concept of freedom and the possibility of every human being to self-determination and to freely choose the options and circumstances that give sense to their existence in accordance to their own options and beliefs."

"143. The scope of protections to the right to a private life has been interpreted broadly by the international courts on human rights, by stating that it comprehends a series of factors related to the individual's dignity, including, for instance, the capacity to develop their own personality and aspirations, to determine their own identity and to define their own personal relationships. The concept of private life encompasses aspects of the physical and social identity that include the right to personal autonomy, personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and with the outside world. The effectiveness of exercising the right to private life is decisive to fulfill personal autonomy over the future course of events significant to the person's quality of life. Private life entails the way in which the individuals see themselves and decide how they show themselves to other people, it is an essential condition to the free development of their personality. Also, the Court has stated that maternity is an essential part of the free development of the personality of women. In view of the above, The Court considers that the decision of becoming or not becoming a mother or father is part of the right to a private life and, in this case, it includes the

decision of being a mother or father in the genetic or biological sense.

"144. The Court considers that this case is about a special combination of different aspects of the private life, that are related to the right to physical and mental integrity, and specifically the reproductive rights of the individuals.

145. "Firstly, the Court points out that contrary to what was set out in the European Convention on Human Rights, where only the right to family life is protected under article 8 , the American Convention has two articles that protect family life in a complementary way. In this respect, the Court reiterates that article 11.2 of the American Convention is closely related to recognized right in article 17 of the same Convention. Article 17 of the American Convention recognizes the central role of the family and family life in the existence of the individual and of society in general. The Court has already noted that the right to family protection implies, among other obligations, to favor in a broader way, the development and strength of the nuclear family. It is such a basic right in the American Convention that it cannot be rescinded even under extreme circumstances. Article 17.2 of the American Convention protects the right to start a family that is embodied in the several international human rights instruments. For its part, the Committee on Human Rights has noted that the possibility of procreating is part of the right to start a family.

"146. Secondly, the right to private life is related to: i) reproductive autonomy, and ii) Access to reproductive health services that involve the right to access to the necessary medical technology to exercise that right. The right to reproductive autonomy is also recognized in article 16 (e) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, according to this, women enjoy the right "to decide freely and responsibly the number of children and the interval between births and to have access to information, education and to the means that allow them to exercise these rights." This right is infringed when the means through which a woman can exercise the right

séquences d'une solution la moins insatisfaisante", (2015) 49 R.J.T. 451; Mireille D.-CASTELLI, "L'évolution des fondements du droit de la filiation : dichotomie entre valorisation croissante du lien biologique et prééminence de la volonté", in C. LANDHEER-CIESLAK and L. LANGEVIN (Lead), id., p. 107.

58. COUNCIL ON THE STATUS OF WOMEN, *Avis, Mères porteuse : réflexions sur des enjeux actuels*, Quebec, 2016 and QUEBEC HEALTH AND WELFARE COMMISSIONER, *Avis détaillé sur les activités de procréation assistée*, 2014.

59. ADVISORY COMMITTEE ON FAMILY LAW, A. ROY (Pres.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Quebec, Ministry of Justice of Quebec, 2015.

60. Zegers, Fernando. *Magazine of Universidad de Chile. "Medical Magazine Clinic Las Condes*. 2010, 21(3) 469-478).

61. Velarde, Marisa, "Primer Informe Salud Sexual y Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile" "First Report on Sexual Health and Reproductive Health and Human Rights in Chile" Internet: <https://docplayer.es/53840079-Primer-informe-i-salud-sexual-salud-reproductiva-y-derechos-humanos-en-chile-iv-reproduccion-asistida.html> UDP 2016

62. Velarde, *ibid* anterior.

to control her fertility are hindered. Thus, the protection of private life includes respecting decisions about becoming a father or mother including the decision of a couple of becoming genetic parents.

“147. In the third place, the Court highlights that, in the context of the right to personal integrity, it has analyzed certain situations of peculiar anguish and anxiety that affect people; as well as some serious impacts due to the lack of medical assistance or to problems regarding access to certain health procedures. (...)

“148. The Court points out that the States are responsible to regulate and inspect health care delivery to achieve an effective protection of the rights to life and to personal integrity. Health entails a whole state of physical, mental and social welfare, and not just the lack of ailments or diseases. (...)

“149. (...) Reproductive health involves (...) the rights of the man and the woman to be informed and to have free choice and access to methods to regulate fertility, that are safe, efficient, easy to get and acceptable.

“150. Finally, the right to private life and to reproductive freedom is closely related to the right to have access to the necessary medical technology to exercise that right. The right to enjoy the benefits of scientific progress have been internationally recognized, and in the Inter-American field, it is contemplated in article XIII of the American Declaration and in article 14.1 b) of the San Salvador Protocol. It is worth mentioning that the General Assembly of the United Nations, in its Declaration on this right, marked the connection between this and meeting the material and spiritual needs of all the sectors of the population. Therefore, and according to article 29 b) of the American Convention, the scope to the rights to private life, reproductive autonomy and to start a family, derived from articles 11.2 y 17.2 of the American Convention, extends to the right of any person to benefit from scientific progress and its applications. From the right to access to the highest and most effective scientific pro-

gress to exercise reproductive autonomy and the possibility of starting a family comes the right to access to the best health services in reproductive assistance techniques, and thus, the prohibition of disproportional and unnecessary restrictions jure or de facto to exercise the reproductive decisions that correspond to each person.”<sup>63</sup>

On the above basis, the sentence of the Court decided that the State of Costa Rica had infringed the rights of the plaintiffs and ordered compensatory and restoration measures for having prohibited the implementation of the IVF procedure.

Likewise, it is worth mentioning the considerations of the Court about the crucial definitions regarding these effects. The effect of the recitals 176, 179 and 185 to 190 of the sentence are quoted below:

“176. In this case, the Court notes that the concept of “person” is a legal term that is often analyzed in many of the internal legal systems of State Parties. However, for the purposes of the interpretation of article 4.1, the definition of person is linked to the mentions made in the treaty regarding “conception” and to the “human being”, these terms should be judged on the basis of scientific literature.

“179. The Court notes that the proof on the record evidences how IVF transformed the discussion about how the phenomenon of “conception” extended. In fact, IVF shows that some time may pass between the union of the egg and the sperm and the implantation. Therefore, the definition of “conception” maintained by the draftsmen of the American Convention has changed. Before the IVF, the possibility of performing fertilizations outside a woman’s body was not considered scientifically.

“185. (...) Regarding the controversy related to the beginning of human life, the Court considers that it is an issue evaluated in several ways from a biological, medical, ethical, moral, philosophical and religious perspective, and it coincides with international and national courts, as there is no agreed-upon definition about the start of life.

63. Inter-American Court on Human Rights. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (in vitro Fertilization) vs Costa Rica. Sentence on November, 28 2012. Paragraphs 142 a 150.

Nonetheless, it is clear for the Court that there are conceptions that see in the fertilized eggs a full human life. Some of these considerations can be connected to concepts that give certain metaphysical attributes to embryos. These considerations cannot justify that certain type of scientific literature has prevalence at the moment of interpreting the scope of the right to life consecrated in the American Convention, since that would imply imposing a certain type of specific beliefs that other persons do not share.

“186. Notwithstanding the foregoing, the Court considers that it is appropriate to define, according to the American Convention, how the concept “conception” is to be interpreted. In that respect, the Court points out that the scientific proof agrees on distinguishing two complementary and essential moments in embryonic development: fertilization and implantation. The Court notes that only when the second moment is fulfilled, does the cycle that makes it possible to understand conception close. Taking into account the scientific proof presented by the parties in this case, the Court ratifies that, even when the egg is fertilized giving way to a different cell, and with sufficient genetic information for the possible development of a “human being,” it is certain that if that embryo is not implanted in the body of a woman, its possibilities to develop are null. If an embryo could never be implanted in the uterus, it could never develop because it would not receive the necessary nutrients, nor would it be in a suitable environment for its development (...).

“187. Accordingly, the Court understands that the term “conception” is not to be understood as a moment or process that is exclusionary of a woman’s body, since an embryo cannot survive if implanting does not occur. Evidence of the above is that a pregnancy can only be said to have happened once the fertilized egg has been implanted in the uterus, when the hormone called “Chorionic Gonadotropin” is produced, only detectable in the woman that has an embryo united to it. Before this, it is impossible to determine whether inside the body the union between the egg and a sperm occurred and if

this union was lost before implantation. (...)

189. Notwithstanding the foregoing, the Court understands the term “conception” from the moment the implantation occurs, the reason why it considers that before that event it is not appropriate to apply article 4 of the American Convention. Furthermore, the words “in general” makes it possible to infer exceptions to a rule, but the interpretation under the ordinary meaning makes it difficult to accurately specify the scope of such exceptions.

“190. On the other hand and taking all the above under consideration that article 4.1 is subject-matter of the discussion of this case and it was in the context of what was debated before the Constitutional Chamber, the Court deems appropriate to interpret such article using the following methods of interpretation, that is to say, the systematic and historic, evolutionary and teleological interpretation.”

Considering that Chile is signatory of the American Convention on Human Rights, it is mandatory to conclude that the sources of International Law quoted by the mentioned ruling apply in Chile, under Art. 5 of the Political Constitution of Chile.

Among other sources of International Law applicable to Chile: The Convention on the Rights of the Child; the International Pact of Civil and Political Rights (1966); and the Convention for all forms of discrimination elimination against Women (1989) are worth mentioning.

#### d) Law projects pending of approval

In 1993, the first bill that intended to regulate assisted reproductive techniques was presented, but its processing got postponed.

At present, there are two bills that are under discussion:

a)The first one, originated in the Senate of the Republic emphasizes on the fact that genetic and germinal imprint is out of human trade;<sup>64</sup>

b) The second one, submitted in the House of Representatives in January 2018 intends to regulate the cryopreservation of embryos and the use requirements of cryopreserved embryos and pro-nucleus on assisted human fertility techniques for all couples and any interested individual.

However, neither this one nor any other submitted later could become a law of the Republic.<sup>65</sup> Jurisprudence

#### a) Contested maternity case.

In our Courts of Family Law, only one case was known in 2018 where maternity is contested and claimed by Mrs. Camila Chanda, aged 26, against her mother, Mrs. Verónica Astete, in favor of the twins Vera Astete.<sup>66</sup>

The case is about surrogated maternity and the plaintiff who was not able to carry out a pregnancy due to the loss of the uterus as a consequence of a disease, explains that together with her couple decided to start an assisted reproductive procedure. The plaintiff's mother offered to carry five of her fertilized eggs by her couple's sperm.

The pregnancy made it to a happy delivery, the twins were born, but the Civil Registrar Office would not allow them to have the plaintiff's last name because she had not delivered the babies. The girls were registered as the gestating grandmother's daughters, their mother. After a year, and as the plaintiff effectively took care of the girls with her couple, they asked for a contested maternity which was smoothed by the pregnant woman.

The judge also verified that the girls' DNA in fact corresponded to the couple of plaintiffs and not to the pregnant grandmother and finally the claim succeeded based on art. 182 of the Civil Code already mentioned and the international norms and in the ruling she mentions on the one hand, the Convention on the Rights of the Child, 7, 8 n°s1 and 2, the Right to Identity that the underage have to know their origin and also the San José of Costa Rica Pact, art. 3.

#### b) The case of the Chileans arrested in

Peru

The discussion has been intensified again in Chile due to a piece of news in the press about a case of surrogated maternity.

In fact, the Chilean citizens Jorge Tovar and Rosario Madueño, were incarcerated in early September 2018 in the prisons of Ancón II and del Callao, after being arrested on August 25th 2018 at the International Airport of Lima for an alleged crime of human trafficking as they were trying to return to Chile with babies born thanks to the surrogated maternity technique. The DNA test done to the children confirmed that the Chilean citizens were the parents of the twins. After the request to be released was accepted, they recovered the children but there are still unresolved criminal proceedings against them, although the charges were modified to just "undue filiation" so tentatively, the prohibition to leave Peru was decreed unless the Court authorizes it.

The married couple recognized they had got the twins through an assisted reproductive technique with surrogated pregnancy or womb-leasing performed at an exclusive clinic in Lima, and where one of its nurses intervened as a gestating mother. The husband provided the gametes, and that circumstance was confirmed after the children were tested for DNA.

The President of the Chilean Society of Obstetrics and Gynecology, Ricardo Pommer, notes that in these cases it is worth distinguishing the concepts of "womb-leasing" and "surrogated maternity," that have been so much discussed lately in Chile.<sup>66</sup> In his opinion, a first case-scenario for this type of situations is that the motivation is to effectively have a child but not to carry a pregnancy, such as the case of a woman that is about to get an academic upgrade, or change into a different job, or a model or an actress who does not want to have stretch marks and so in these circumstances look for a "womb-leasing." The second case he mentions is different because it is about persons who want to have children but they cannot get pregnant, and that is called surrogated womb, and that would be of the case of the Chileans

64. Senate of the Republic, Chile, Senator Guido Girardi. Check web site: [http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=-tramitacion&ac=getDoc-to&iddocto=4960&tipodoc=-mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=-tramitacion&ac=getDoc-to&iddocto=4960&tipodoc=-mensaje_mocion).

65. House of Representatives. Chile, Representative Miguel Alvarado and other. Web site:

66. <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=39232&formato=pdf>  
2° Family Court, Judge Macarena Rebolledo; RIT C-7246-2017, case: Minors Vera Astete.

67. Interview Radio Cooperativa, September 10, 2018. Check web site: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/vientres-de-alquiler-y-maternidad-subrogada-la-situacion-en-chile/2018-09-10/193813.html>

arrested in Peru.

## Conclusions

The sources of law applicable in Chile do not shed more light on surrogated maternity or womb-leasing. Although there are some legal provisions and regulations, a load of doubt remains about the existing gaps. It is expected that there are legislative solutions that provide more clarity. Undoubtedly, a legislative answer would help those people who want to have a child as well as the persons and institutions intervening in the medical field. Furthermore, it is a must to clarify the ethical and legal limits of these techniques. The case of the Chileans in Peru shows that in the face of uncertainty in Chile, the solution to resort to procedures in Peru led to dangerous risks with unexpected criminal proceedings.

Meanwhile, the judges in Chile are applying the appropriate international instruments accordingly, a correct exercise of jurisdictional power, especially the Convention of the Rights of the Child.

### 2.1.4 Relative placement: the best answer for our foster care system

Leonard Edwards - USA



Abstract:

This article briefly traces the history of the placement of children out of their homes because of parental abuse or neglect. The preference for relative placement is a recent occurrence. The advantages of relative placement instead of foster or group care are summarized as well as the disadvantages. Relative placement rates across the country are about 32%. Several jurisdictions have much higher placement rates including Allegheny County, Pennsylvania. Los Angeles, California, is experimenting with social work practices that have produced over 80% relative placement rates during the past year. How both of these jurisdictions accomplish high relative placement rates is described in detail. Judges should persuade their own social service agencies to adopt these practices.

Keywords: Foster care; Relative Placement.

#### HISTORY

When the juvenile court removes a child from parental care because of abuse or neglect, what type of placement best meets his or her needs? In the United States, the answer to this question has evolved for more than a century.

In the 19th century Charles Brace<sup>68</sup> led a movement to place abused, neglected and abandoned children with families. The famous Orphan Trains he created moved more than 100,000 children to homes in the Midwest. In spite of these efforts, at that time most children living out of home were placed in orphanages and other types of congregate care. By 1910, there were over 1,000 orphanages in the United States and their average size had grown significantly since the late 19th century.<sup>69</sup> The number of children in orphanages peaked in the 1920's with 143,000 residents in 1923.<sup>70</sup> After the White House Conference on Children in 1909, the national policy moved towards placing children in families and foster care was born.<sup>71</sup> Federal legislation provided single mothers with financial aid which enabled their children to remain at home, and those children without parents would be placed in foster care. However, foster homes as an alternative to congregate care grew very slowly in the 20th century. It was only after the passage of the Indian Child Welfare

Judge Leonard Edwards is a retired Superior Court Judge now working as a consultant and teacher. In his work he provides technical assistance to the courts of California and courts across the country, particularly in areas involving children and families. Judge Edwards served for 26 years as a Superior Court Judge in Santa Clara County, California. He sat as a domestic relations judge and as a juvenile court judge. He also served for six years as Judge-in-Residence with the Center for Families, Children & the Courts, a division of the California Administrative Office of the Courts

68. Charles Brace was an American philanthropist who contributed to the field of social reform. He is considered a father of the modern foster care movement and was most renowned for starting the Orphan Train movement of the mid-19th century, and for founding Children's Aid Society. Myers, John E.B. *The History of Child Protection in America*, (Xlibris, 2004) at pp. 46-67

69. Myers, John E.B., Id.

70. Olasky, Marvin, "The Rise and Fall of American Orphanages," in *Rethinking Orphanages for the 21st Century*, Ed., by Richard McKenzie, Sage, Thousand Oaks, 1999, at p. 74.

Act<sup>72</sup> and the Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980<sup>73</sup> that the numbers of children placed in foster care surpassed congregated care as the preferred placement for children removed from their parents' home.

## FOSTER CARE

There are significant problems with foster care. First, many children placed in foster care do not like the foster home. After all, they are placed with strangers. That transition can be traumatic.<sup>74</sup> Some of these children run away from foster care, while others are separated from their siblings, particularly if there is a large sibling group. Second, many children move from foster home to foster home, never settling into a long-term placement, a phenomenon referred to as foster care drift.<sup>75</sup>

Third, and perhaps most important, there are not now, nor will there ever be enough foster homes to meet the demand. In spite of millions of dollars spent on community outreach and efforts by social service agencies, judges, and other child advocates, the number of available foster homes has never matched the numbers of children needing out-of-home placement. Recently, the crisis involving opioid misuse has led to the need for additional foster homes, and jurisdictions around the country have been unable to provide enough homes for these children. One indication of the inability of foster homes to meet the placement needs of out-of-home children is that approximately 20,000 children "age out" of foster or congregated care every year, never having reached a permanent placement despite the efforts of many professionals.

Third, and perhaps most important, there are not now, nor will there ever be enough foster homes to meet the demand. In spite of millions of dollars spent on community outreach and efforts by social service agencies, judges, and other child advocates, the number of available foster homes has never matched the numbers of children needing out-of-home placement. Recently, the crisis involving opioid misuse has led to the need for additional foster homes, and jurisdictions around the country have been

unable to provide enough homes for these children.<sup>76</sup> One indication of the inability of foster homes to meet the placement needs of out-of-home children is that approximately 20,000 children "age out" of foster or congregated care every year, never having reached a permanent placement despite the efforts of many professionals.<sup>77</sup>

Where will homes be found for the children who cannot live with their birth parents? Certainly not in congregated care. Ironically, congregated care which provided almost 100% of all placements 120 years ago is now the least-favored placement. Federal law does not consider it a permanent placement and requires social workers and judges to take extraordinary steps to find a permanent home.<sup>78</sup>

## RELATIVE PLACEMENT

The best answer is placement with relatives. That conclusion came very late to the United States government. For years, the federal government did not favor relative placement, likely because of the old adage that "an apple does not fall far from the tree." The prevailing view was that because the parents demonstrated they are abusive or neglectful, their own parents must have been at least partially responsible for their inability to be safe parents. Moreover, the relatives may have known about the abuse/neglect and done nothing about it.

Late in the 20th century federal policy finally changed.<sup>79</sup> With the passage of the Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act of 2008, relative placement became a preferred placement to foster care and a recognized permanent plan.<sup>80</sup> Relative placement was already a preference in the Indian Child Welfare Act of 1978, but only for Native American children. Relative preference for placement is now federal law for all children, and many states, including California, added parallel statutes that reflect those changes.<sup>82</sup>

Placing children with relatives also reflects what families have done for decades. While nationally there are approximately 470,000 children in care through state child welfare systems, over 2,500,000 children reside with relatives.

71. Three years later the Children's Bureau was created and funded by Congress.

72. Public Law 95-608; 25 U.S.C. §§1901 et seq.

73. Public Law 96-272, 42 U.S.C. §670 et seq.

74. See Mitchell, Monique, *The Neglected Transition: Building a Relational Home for Children Entering Foster Care*, Oxford University Press, 2016.

75. The term refers to the plight of children who drift aimlessly in foster care without a case plan for their permanent care. Maas HS, Engler, Jr., R.E. *Children in need of parents*, New York: Columbia University Press; 1959.

76. Dr. John DeGarmo, "How The Heroin Crisis Is Straining Foster Care" [http://www.huffingtonpost.com/entry/how-the-heroin-crisis-is-straining-foster-care\\_us\\_58ed0740e4b0ea028d568d3c](http://www.huffingtonpost.com/entry/how-the-heroin-crisis-is-straining-foster-care_us_58ed0740e4b0ea028d568d3c); Sarah Catherine Williams and Kerry Devoogt, "Five things to know about the opioid epidemic and its effects on children," *Child Trends*, June 2, 2017; Sherry Lachman, "The Opioid Plague's Youngest Victims," *The New York Times*, OP-ED, Friday, December 29, 2017, A25; Serena Gordon HealthDay Reporter, "The Opioid Crisis' Hidden Victims: Children in Foster Care," [http://www.philly.com/philly/health/topics/HealthDay729966\\_20180108\\_The\\_Opioid\\_Crisis\\_\\_Hidden\\_Victims\\_\\_Children\\_in\\_Foster\\_Care.html](http://www.philly.com/philly/health/topics/HealthDay729966_20180108_The_Opioid_Crisis__Hidden_Victims__Children_in_Foster_Care.html); January 2018; Carrie McDermott, "No. 1 reason children in foster care is parental drug use," [http://www.wahpetondailynews.com/news/no-reason-children-in-foster-care-is-parental-drug-use/article\\_fceadcc2-f4cc-11e7-9708-eb8e98f766bf.html](http://www.wahpetondailynews.com/news/no-reason-children-in-foster-care-is-parental-drug-use/article_fceadcc2-f4cc-11e7-9708-eb8e98f766bf.html), January 9, 2018; <http://www.wearegreenbay.com/news/local-news/number-of-foster-children-doubles-in-wisconsin-due-to-drug-and-opioid-epidemic/1144701083>

ves through informal family placements.<sup>83</sup>

Relative care placement is now considered a best practice, one that benefits the child in many ways. Studies show that children in relative care tend to be just as safe, or safer, than children placed in foster care.<sup>84</sup> As the children likely know the relatives, relative placement minimizes trauma. The relatives are more likely than foster parents to take large sibling groups, which maintains sibling contacts.<sup>85</sup> Research has demonstrated that children placed with their kin fare better than those placed in foster care. They experience better stability, have fewer placement changes, fewer behavior problems,<sup>86</sup> and not as many school changes.<sup>87</sup> Living with relatives helps preserve a child's cultural identity and community connections, and eliminates the unfortunate stigma that many foster children experience.<sup>88</sup>

There are disadvantages to placement with relatives rather than in foster care. Foster parents are usually better trained to receive children into their homes.<sup>89</sup> After all, foster parents must be licensed to care for children and the licensing process involves formal training. Moreover, foster parents usually are more economically stable. Nevertheless, national policy now clearly favors relative placement over foster care. Data support this conclusion. Relative placements are the most stable placement, followed by foster care and finally by congregate care. A recent California study addressed placement stability. The study measured stability in different types of placement including relative (kin) care, foster care, and group care and how many children re-entered care while in each type of placement. Re-entries refers to the number of children who leave placement and have to be placed again. In the study children in relative care re-entered the system (left their placement) in 7.5% of the cases, while children placed in foster care re-entered the system 13.4% of the time, and children placed in congregate care (group homes) re-entered in 20.7% of the time.<sup>90</sup>

The same researchers measured placement stability for children who entered care between January 1st and June 30th, 2016, and who were

still in care at the same placement 12 months later. 90.6% of children placed with relatives remained in that care after a year, 72% of children placed in foster care were in the same home a year later, while only 37.1% of children placed in group homes (congregate care) remained in that care a year later.<sup>91</sup>

Nationally, 32% of children placed in out-of-home care live with relatives, 45% live in foster (non-relative) care, 5% live in group homes, and 7% live in institutions.<sup>92</sup> Figure #1 gives the state-by-state percentages of the numbers of children placed in relative care in each state.<sup>93</sup>

#### FIGURE #1: PERCENTAGES OF CHILDREN IN RELATIVE CARE STATE BY STATE

Alabama	11 %
Alaska	21 %
Arizona	41 %
Arkansas	16 %
California	32 %
Colorado	20 %
Connecticut	24 %
Delaware	12 %
District de Columbia	18 %
Floride	44 %
Géorgie	17 %
Hawaiï	48 %
Idaho	29 %
Illinois	36 %
Indiana	32 %
Iowa	28 %
Kansas	27 %
Kentucky	4 %
Louisiane	34 %
Maine	33 %
Maryland	39 %
Massachusetts	23 %
Michigan	31 %
Minnesota	21 %
Mississippi	31 %
Missouri	26 %
Montana	43 %
Nebraska	24 %
Nevada	33 %
New Hampshire	19 %
New Jersey	35 %
Nouveau-Mexique	22 %
New York	19 %

77. Greeson, K.P., and Thompson, A.E., *Aging Out of Foster Care*, The Oxford Handbook of Emerging Adulthood, September, 2014; *Child Welfare Outcomes: 2010-2014*: Report to Congress, U. S. Department of Health and Human Services, Administration for Children, Youth and Families, Children's Bureau, Appendix F, p. F3.

78. See P.L.113-183 §§112-113.

79. See Edwards, Leonard, "Relative Placement in Child Protection Cases: A Judicial Perspective," *Juvenile & Family Court Journal*, Vol. 61, No. 2, (Spring, 2010) 1-44 at p. 8. This article is available at no cost at [judgeleonardedwards.com](http://judgeleonardedwards.com).

80. P.L. 110-351.

81. P.L. 95-608; 25 U.S.C. §§1901 et. seq.

82. For example, see California Welfare & Institutions Code §361.3.

83. Annie E. Casey Foundation Kids Count Data Center. 2013-2015 Current Population Survey Annual Social and Economic Supplement (CPS ASEC). Estimates represent a three-year average. Accessed March 4, 2017. Retrieved from <http://datacenter.kidscount.org/data/tables/7172-children-in-kinship-care?loc=1&loc=1#detailed/1/any/false/1491/any/14207,14208>.

84. A. Shalonsky, and J.D. Berrick, "Assessing and Promoting Quality in Kin and Non-Kin Foster Care," *75 Social Service Review* (2001) at pp. 60-83.

85. A. Shalonsky, D. Webster, & B. Needell, *The Ties That Bind: A Cross-Sectional Analysis of Siblings in Foster Care*, *39 Journal of Social Service Research* 27-52 (2003); L. Ehrle & R. Geen, *Kin and Non-kin Foster Care: Findings from a National Survey*, *Children and Youth Services Review* (2002) at pp. 15-35.

Caroline du Nord	26 %
Dakota du Nord	15 %
Ohio	16 %
Oklahoma	33 %
Oregon	19 %
Pennsylvanie	26 %
Rhode Island	30 %
Caroline du Sud	6 %
Dakota du Sud	18 %
Tennessee	13 %
Texas	33 %
Utah	19 %
Vermont	27 %
Virginie	6 %
Washington	35 %
Virginie-Occidentale	19 %
Wisconsin	34 %
Wyoming	26 %

#### INCREASING RELATIVE PLACEMENT

These are low numbers for placement in relative care. We can and should substantially increase the number of children placed in relative care when children are removed from their parents. The increase must come from improved social worker practice as it has in Allegheny County, Pennsylvania, where 65% of placements by the children's services agency are with relatives.<sup>94</sup> It also comes from family engagement as in New Zealand where the Family Group Conference has resulted in 53% of children being placed by the court in relative care.<sup>95</sup> It can even be higher than in those jurisdictions.

The approach taken by social service agencies in the most successful jurisdictions seems straight forward. In larger jurisdictions, such as Allegheny County, a team of social workers has been created whose job it is to identify and engage relatives.<sup>96</sup> When the team learns of a removal, the members immediately are working on a number of issues. They use family finding<sup>97</sup> to identify, locate, and engage relatives. They check the potential living situation of relatives to see whether it is suitable for the child or children. They run background checks to see if there are any criminal or child welfare issues that would make it illegal to place the child with the relative. They also use Kinship

Navigators to assist in the relative searches.<sup>98</sup> Social workers can accomplish much of this work electronically either from their office or even in a car as they drive towards the scene of the removal.

In New Zealand, the use of Family Group Conferencing accomplishes much of what happens in Allegheny County. Family Group Conferencing is a part of the New Zealand Constitution. It requires that there be an organized family meeting to discuss the crisis in the child's life before any court action is taken in either dependency or juvenile justice cases.<sup>99</sup> Placement decisions in New Zealand are strongly influenced by family participation in the decision-making process.

Los Angeles County is currently experimenting with increasing the numbers of children placed with relatives. Two of the <sup>19</sup> Regional Offices of the county Department of Children and Family Services (Santa Fe Springs and Glendora) use similar practices to identify, engage, and clear the legal and bureaucratic hurdles that have for years delayed the relative placement process. These offices start looking for relatives when a case first comes to the attention of social services. If the office knows a judge is issuing a protective custody warrant, social workers immediately start to canvass for relatives and non-relative-extended-family members (NRE-FMs) such as family friends, god-parents, and similar close family friends). The office uses a search engine called Family Finding<sup>100</sup> to identify and locate "lost" relatives.<sup>101</sup> They also do a better job of finding "non-offending" fathers, as this identifies both fathers and their extended families as possible placements. After all, fathers provide on average 50% of a child's relatives. <sup>102</sup> Even locating relatives who are not suitable for placement can still provide benefits to the family if they want to be a part of the team to assist the child and parents in reaching their goals. All these actions have developed a spirit within the social service offices that places great emphasis on locating and engaging relatives as soon as possible.

The Glendora and Santa Fe Springs office policies and procedures allow social workers

86. Rubin, David, Kevin J. Downes, & Amanda L. O'Reilly, "Impact of Kinship Care on Behavioral Well-Being for Children in Out-of-Home Care," *Arch. Pediatric & Adolescent Med.* Vol. 162, No. 6, 550-556 (2008).

87. See Generations United. *Children Thrive in Grandfamilies*, (2016) – (fact sheet available at [www.grandfamilies.org/Portals/0/16-Children-Thrive-in-Grandfamilies.pdf](http://www.grandfamilies.org/Portals/0/16-Children-Thrive-in-Grandfamilies.pdf)). "I think that I like to consider relative placements really seriously because of watching so many kids fail in foster care." Kinship Care, op.cit., footnote 5, at p. 36; Berrick, J.D., Barth, R.P., & McFadden, J. (1992) *A Comparison of Kinship Foster Homes and Foster Family Homes: Implications for Kinship Foster Care as Family Preservation*, Child Welfare League of America North America Kinship Care Policy and Practice Committee, Washington, D.C.; Courtney, M., & Needell, B., "Outcomes of Kinship Care: Lessons from California," *Child Welfare Research Review*, Volume 2, Ed. By Berrick, J.D., Barth, R., & Gilbert, N., Columbia University Press, N.Y., at pp 130-149; Berrick, J.D., "When Children Cannot Remain Home: Foster Family Care and Kinship Care," *Protecting Children from Abuse and Neglect*, Vol. 8, No.1, (1998) at pp. 72-87; Chamberlain, et.al., "Who Disrupts from Placement in Foster and Kinship Care?", *Child Abuse & Neglect*, Vol. 30, at 409 (2006).

88. These are only some of the advantages of relative care. For additional advantages see Edwards, op.cit., footnote 13 at pp.10-13.

89. Gebel, T.J., "Kinship Care and Non-Relative Family Foster Care: A Comparison of Caregiver Attributes and Attitudes," *Child Welfare*, Vol. LXXV, #1, January-February, at pp. 5-18.0

to make emergency placements. They run a California Law Enforcement Telecommunication System (CLETS) search to ensure there is no record of criminal offenses that cannot be granted an exemption and a Child Welfare Services/Case Management System (CWS/CMS) search to ascertain there is no Department of Children and Family Services (DCSF) history. The offices expedite criminal waivers for prospective relative caregivers, depending on the criminal offense. They can approve placement when the criminal record is a misdemeanor and for certain offenses which occurred a long time ago. Emergency Response (ER) social workers immediately conduct in-person interviews of all prospective relative caregivers. Given the emergency involved in the placement, they conduct these on the same day as the placement. ER staff members complete an initial home assessment at the time of the placement to ensure the home meets initial criteria and that there is an appropriate sleeping arrangement for the child or children. According to the regional administrators, the most significant barriers are criminal waivers and space at the relative home as many relatives live in small places, often apartments.

Recent California legislation, Continuum of Care Reform,<sup>104</sup> allows placing children with a relative under emergency circumstances using the new Resource Family Assessment (RFA) guidelines.<sup>105</sup> After social workers have placed the children, the RFA social workers conduct more intensive background checks such as Live-Scans during the home study process. If a criminal history appears during the Live-Scan checks, the RFA staff will assist the family to apply for a waiver so long as the crime meets waiver criteria.

This early and intensive work permits the child to go directly from their home into relative care without spending any time in foster care. One regional director said that sometimes children go from their home to the relative home directly with no intermediate placement.<sup>106</sup> The office provides relatives with a temporary stipend (\$400.00 a month per household) for three months to help the relatives adjust to the additional children in their care. Because most

relatives need economic support to manage the additional members in their household, this is critical support.<sup>107</sup> Since the county and state are saving Title IVE dollars by avoiding foster care, it makes sense that they should pass on some of those savings to the relative caretakers. The office also provides, upon request, child care, cribs, car seats and any other services the relatives might request. The office policy is to take whatever steps are necessary to ensure the placement is successful.

The projects started in each office in October of 2016, and the results have been dramatic. The average rates for relative placements in the Glendora office are 77% and 84% in the Santa Fe Springs office. Relative placement rates have exceeded 90% during several months. The October, 2017, relative placement rates were 84% for each of the two offices.<sup>108</sup> The offices achieved these results with the addition of only one support staff member. That person, an Adoption Assistant, was added to the Emergency Response section and is dedicated to the Family Finding process. The success has led to an expansion of the project. Two additional regions, the Vermont Corridor and West LA, started the project in October, 2017.

Additionally, these pilot projects are also implementing Child and Family Team meetings, a form of family group conferencing.<sup>109</sup> After the placement has been made, the social worker convenes the family including the relatives who have been contacted and others the family wants to include to make plans for the ongoing care of the child and any contingency plans should a problem arise.

## CONCLUSION

For years the author and many juvenile court judges have been frustrated with the inability of children's services agencies to identify, notice, engage, and place children with relatives in a timely fashion. Criminal background checks seemed to take months. Finding fathers was a struggle and some agencies simply did not try to locate unmarried fathers. Searches for relatives often did not start until the father could be located, and many relatives were reluctant

90. The data for these studies were provided by Daniel Webster, a research specialist at the U.C. Berkeley School of Social Welfare's Center for Social Services Research (CSSR), where he serves as principal investigator of the California Child Welfare Indicators Project (CCWIP). Daniel Webster et al., CCWIP Reports (2017), at [http://cssr.berkeley.edu/ucb\\_childwelfare/Stability.aspx](http://cssr.berkeley.edu/ucb_childwelfare/Stability.aspx).

91. These figures are from California.

92. The AFCARS Report, FY 2016 data, as of October 20, 2017, No. 24.

93. Annie E. Casey Foundation Kids Count Data Center. Child Trends analysis of data from the Adoption and Foster Care Analysis and Reporting System (AFCARS), made available through the National Data Archive on Child Abuse and Neglect. Retrieved November 10, 2015 <http://datacenter.kidscount.org/data/tables/6247-children-in-foster-care-by-placement-type?loc=1&loc-t=1#detailed/2/2-52/false/36/2621/12995>.

94. For additional information about social work practice in Allegheny County, see Edwards, Leonard, "How To Improve Outcomes For Abused And Neglected Children: Engaging Relatives Early", Summer 2016, The Bench, the official magazine of the California Judges Association, Sacramento, CA. A copy is available from the author's website: [judgeleonnardwards.com](http://judgeleonnardwards.com)

95. Email from Dr. Sarah Hayward, Principal Advisor, Monitoring and Investigations, Office of the Children's Commissioner, New Zealand. Copies of the data provided by Dr. Hayward are available from the author.

96. Email and telephone conversations with Marc Cherna, Director, Allegheny County Children Youth & Families. A copy is available from the author.

to engage in the process during the reunification process, hoping that the custodial parent would succeed in reuniting with the child. The longer the wait, the longer the child remained in foster care. If the child was an infant, the foster parents often became active in trying to keep custody leading to contested trials in the juvenile court.<sup>110</sup>

There has been little that the judges could do other than urge the agency to use best practices. Judges realized that changes in agency practices were necessary to expedite the relative placement process. The two pilot projects in Los Angeles County and the successes of several other jurisdictions provide a glimpse of what is possible. When other social service agencies around the country learn of these results, hopefully they will modify their practice and place more children with relatives. It is not a matter of inventing new practices. We now know it can be done and it can be done quickly. It will be a matter of determination and will on behalf of social service and child protection agencies across the country whether these new practices are embraced and implemented.

Now that congregate care has been disfavored by federal and state legislation and foster care continues to be unable to meet the needs of children who must be placed out of home, these new practices offer hope that states across the country can reach a goal of placing these children in a family-like setting, preferably with relatives in a timely fashion. It is a reason for optimism.

## 2.2 CASE LAW

### 2.2.1 Canada

#### Poly-parenthood

Children's Law Act (Nfld&Lab.), [2018] N.J. N° 100, 2018 NLSC 71, 7 R.F.L. (8th) 346.

Droit de la famille – 18968, 2018 QCCS 1900.  
Can a child have more than two parents?

On April 4, 2018, Justice Fowler of the Newfoundland and Labrador Supreme Court's family division replied positively, invoking the best

interests of the child born of a relationship between two men and a woman.

Three weeks later, on April 23, 2018, Justice Morrison of the Quebec Superior Court, deplored the fact that Quebec civil law does not allow legal recognition of poly-parenthood. He thus welcomed an action to claim and challenge status brought by a biological father who wishes the name of the biological mother's wife to be removed from the child's birth certificate in order to have his name added instead.

These two court rulings show the importance of the transformation of social and familial relations, as well as the challenges that these changes create from a legal point of view. They force us to think about the foundations of filiation vis-à-vis the interests of the child and to reflect on the difficult equilibrium between two poles that are sometimes conflicting against each other : the desire to become a parent and the blood ties. Finally, they demonstrate the flexibility offered in Common Law by the *parens patriae* jurisdiction of courts.

#### Surrogacy

Different application cases of adoption for children born of surrogacy are listed below.

Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162 (CanLII)

Adoption – 161 2016 QCCA 16 (CanLII)

Adoption - 16199, 2016 QCCQ 8951 (CanLII).

Adoption - 1631 2016 QCCQ 6872 (CanLII),

Adoption - 1590, 2015 QCCQ 15938 (CanLII),

Droit de la famille - 151772, 2015 QCCS 2308 (CanLII)

Adoption - 1873, QCCQ 1693 <http://canlii.ca/t/hr4s2>

97. Family Finding, developed by Kevin Campbell, uses a search engine to identify and locate a child's family members. The federal government identified Family Finding as a best practice in the Fostering Connections Legislation of 2008. P.L. 110-351 §102.

98. Email from March Cherna, op.cit., footnote 31. Kinship Navigators are another best practice identified by the Fostering Connections Legislation. Id.

99. Section 18(1), Children, Young Persons and their Families Act 1989, (1989 No. 24) Laws of New Zealand, Wellington, N.A. (2005); Edwards, L., & Sagatun, I., "The Transition to Group Decision Making in Child Protection Cases: Obtaining Better Results for Children and Families," *Juvenile and Family Court Journal*, Vol. 58, No. 1 (2007) at pp. 1-16.

100. Family Finding is the name given to the process developed by Kevin Campbell, the social worker, researcher, and creative genius who first started using the new technology in the child welfare field. For the history of Family Finding see M. Shirk, *Hunting for Grandma: 'Family Finding' Strategy Connects Foster Kids With Relatives and Permanent Homes*, *Youth Today*, Feb. 2006; see also Edwards, L., & Sagatun-Edwards, I., "The Transition to Group Decision Making in Child Protection Cases: Obtaining Better Results For Children and Families," *Juvenile and Family Court Journal*, Winter, 2007, Vol. 58, No.1 at pp 1-16.

101. Many child welfare agencies in the United States use Family Finding, a search engine developed by Kevin Campbell. See <http://www.familyfinding.org/> and refer to footnote 31.

### 2.3.2 Brazil

The Brazilian Supreme Court's ruling acknowledges the tutelage thesis regarding the different forms of parenthood and coexistence of biological and socio-affective paternity.<sup>111</sup>

Abstract. Special Appeal. Acknowledged general impact. Civil and constitutional Law. Conflict between socio-affective and biological paternities. Marriage paradigm. Improvement by the 1988 Constitution. Family Law central axis: displacement to the constitutional plan. Supra-principle of human dignity (art. 1º, II, of the Federal Constitution – FC). Overcoming the legal barriers for the full development of families. Right to the pursuit of happiness. Embedded Constitutional principle. The individual as the center of the legal-political structuring. Impossibility to reduce family realities to preconceived models. The atypical constitutional nature of family entities. Stable union (art. 226, §3º, FC) and single-parent family (art. 226, §4º, FC). Prohibition of discrimination and hierarchy among kinship types. (art. 227, §6º, FC). Presumptive, biological or affective parenthood. The need for broad legal tutelage. Multiplicity of kinship ties. Concurrent acknowledgement. Possibility. Multi-parenthood. Principle of responsible parenthood. (art.226, § 7º, FC). Remedy through which fostering is denied. Thesis targeting to apply on similar cases.

Thesis. 2. The family, according to the constitutional provisions introduced at the FC in 1988, has definitely deviated from the former distinction among legitimate, adopted and illegitimate children of the former Civil Code of 1916, whose paradigm in matters of kinship, in adopting presumption based on the centrality of marriage, disregarded both the biological and the affective criteria. 3. The family, object of displacement from its central axis of its procedural rules at a constitutional level, demands the reshaping of the legal treatment of kinship ties in the light of the supra-principle of human dignity (art. 1º, III, da FC) and the pursuit of happiness. 4. Human dignity entails human beings as intellectual and moral beings, able to stand and develop themselves freely, so the indi-

vidual choice of the very own objects of life have absolute preference in connection with future legal statements that define prior models, destined to results selected beforehand by the lawmaker. Case law of the German Constitutional Court (BVerfGE 45, 187). 5. Overcoming legal hurdles to the full development of families based on affective and interpersonal relationships of the individuals related to the supra-principle of human dignity. 6. The right to pursue happiness, implicit in art. 1º, III, FC, while it takes the individual to the center of the legal-political structuring, recognizes his self-determination, self-sufficiency skills and freedom to choose their own objectives, banning the government to interfere in the media selected by the citizens for the pursuit of individual goodwill. Precedents of the United States Supreme Court and this Federal Supreme Court: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Jed dated 26/08/2011; APF 132, Rel. Min. Ayres Brito, Jed dated 14/10/2011. 7. the individual shall never be reduced to a mere instrument for the achievement of government officials, thus the right to the pursuit of happiness protects the human being against the State's intentions to channel their family reality to the models previously set by law. 8. The 1988 Constitution, in a merely exemplary nature, recognizes as legitimate family models independent from marriage, as the stable union (art. 226, §3º) and the community formed by any of the parents and their descendants named the mono-parental family (art. 226, §4º), besides focusing on the kinship types dissociated from marriage between parents that deserve equal tutelage before the law, discrimination being banned and therefore any type of hierarchy among them (art. 227, §6º). 9. Stable homo-affective unions considered by case law of this Court as family entities, lead to the need for a non-reductionist interpretation of the concept of family as an institution that is formed differently from civil marriage (ADI 4277, rel. Min. Ayres de Britto, Full Court, tried on 05/05/2011). 10. The Cosmopolitan legal comprehension of families demand the extension of regulatory tutelage of all the forms by which parenthood can happen, i.e.: (i) due to the presumption as a result of marriage or other legal hypothesis, (ii) due to biological descent (iii) due to affection. 11. the

102. Regarding the importance of identifying, locating and engaging fathers in the juvenile dependency process, see Edwards, L., *Engaging Fathers in the Child Protection Process: The Judicial Role* Spring, 2009, *Juvenile and Family Court Journal*, vol. 60, No. 2, at pp. 1-30.

103. The CLETS data base contains criminal records while the CWS/CMS system contains records of contacts with the child welfare system. These background checks are required by law.

104. See Cal. Dept. Soc. Services., *What is the Continuum of Care Reform?* (2016), at [www.cdss.co.gov/cdssweb/entres/pdf/CCR/WhatisContinuumCareReform.pdf](http://www.cdss.co.gov/cdssweb/entres/pdf/CCR/WhatisContinuumCareReform.pdf)

105. These guidelines were created by legislation to outline the background checks necessary before placement can be made. A copy of these guidelines is available from the author.

106. Email from Jennifer Lopez, Regional Director. A copy is available from the author.

107. It is clear that relatives receiving children need some financial aid. See Rita Price, "Grandparents raising kids of addicts struggle with little aid," *The Columbus Dispatch* January 7, 2018.

108. Copies of these statistics are available from the author as is the contact information for the two offices. Each office has indicated a willingness to work with other jurisdictions to improve their placement outcomes.

109. [http://policy.dcfslacounty.gov/default.htm#Child\\_and\\_Family\\_Teams.htm?Highlight=CFT](http://policy.dcfslacounty.gov/default.htm#Child_and_Family_Teams.htm?Highlight=CFT); State of California, Department of Social Services, All County Letter NO. 18-24, FAMILY FINDING AND ENGAGEMENT (FFE) April 6, 2018.

scientific evolution responsible for the popularization of the DNA Test led to reinforcing the importance of the biological criterion, both for kinship purposes and to fulfill the fundamental right to the search of genetic identity as a natural appearance of the right of a human being to develop a personality. 12. Effectiveness as a criterion, in turn, enjoyed its implementation by doctrine and case law as of the former 1916 Civil Code in order to avoid situations of extreme injustice, acknowledging the ownership of the status of son and consequently the parental tie in favour of the one who will use the name of the family (*nominatio*), treated as a son by the father (*tractatio*) and enjoyed the recognition of his condition of descendant by the community (*reputatio*). 12. Responsible parenthood, expressly stated in art. 226, §7º, of the FC, in the perspective of human dignity and the pursuit of happiness, demands invoking, in the legal field, both the kinship ties built by the affective relationship between bonds when the superior interest of the descendant is the legal acknowledgement of both. 14. Multi-parenthood, in Comparative Law, can be exemplified by the concept of double (dual paternity), built by the Supreme Court of the State of Louisiana, UEA, since the 1980's, to meet, at the same time, the higher interest of the child and the right of the parent to the declaration of paternity. Doctrine. 15. Family configurations beyond state regulation, by omission, can not exist without the safeguard of the protection of multi-parenthood situations, thus they deserve concurrent legal tutelage, for all the purposes of the law, the kinship ties affectively and biologically originated that provide the most complete and suitable tutelage of the subjects involved, before the constitutional principles of the dignity of the human being (art. 1º, III) and of responsible parenthood (art. 226, §7º). 16. Remedy through which fostering is denied, setting the following legal thesis to apply to similar cases: " socio-affective paternity, whether stated or not in the public registry, does not impair the recognition of the concurrent kinship tie based on the biological origin with its own legal effects."

### 2.3.3 UNITED KINGDOM IN THE MATTER OF M (CHILDREN)

(SHARED BY CRIN)

Title:

In the matter of M (Children)

Court:

Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)

Citation:

[2017] EWFC 4

Date:

20 December 2017

Instruments cited:

Children Act 1989, Section 1(1)(a)

Equality Act 2010, Sections 4, 7 13 and 85.

Human Rights Act, Section 6

European Convention on Human Rights, Articles 8, 9 and 14

Case summary:

Background:

Five children between the ages of 2 and 12 were living with their ultra-orthodox Jewish parents. The couple's marriage ended when the children's father transitioned and started living as a woman. The children remained living with their mother within the North Manchester Haredi Community. Both parents agreed that the children should continue living in the community, but their transgender parent sought contact with the children. The High Court decided, with regret, that because of the risk that the children would be ostracised from their community if they had contact with their transgender parent she should only have indirect contact with the children through letters sent four times per year. The transgender parent appealed the case and Stonewall and Keshet Diversity UK joined the case as interveners.

110. For example, see *In re Sarah H.*, 43 Cal.App.4th 274, 50 Cal.Rptr.2d 503 (1996); *In re M.H.*, 21 Cal.App.5th 1296 (2018)

111. Case presented by Eduardo Rezende Melo, Brazil

**Issue and resolution:**

Parental contact, transgender discrimination. The court ordered that the family court reconsider its decision refusing the transgender parent direct contact with her children.

**Court reasoning:**

The Court of Appeal upheld three grounds of appeal: (i) that the judge who heard the initial case had lost sight of the principle that the children's best interests are paramount; (ii) that the judgment did not evaluate why indirect contact was in the children's best interests, but direct contact was not; and (iii) that the judge had failed to exhaust the court's powers to make direct contact possible.

In making these findings, the appeal court set out a number of questions that the judge should have asked before reaching a final decision, including whether he should come to a conclusion dictated by the practices of a community which involve discrimination and victimisation and where the focus is as much on the community as concern for the children affected. The court also found that the judge should have asked whether he should directly and explicitly challenge the parents and the community with the possibility that, without a change of attitude on their part, the court may have to remove the children from the mother's care, make them wards of the court or even take the children in to public care.

Finding that the initial judgment did not sufficiently explain why it was possible to order that the children's father could have indirect contact but not direct contact, the court noted that if the concern of the community was to shield children from knowledge of and exposure to transgender issues, indirect contact must carry the same risks as direct contact.

The court also held that the judge's initial decision not to allow direct contact was premature and that there was scope to attempt to make progress towards direct contact. The initial judgment required the Anna Freud Centre to carry out work with the children to help them un-

derstand their father's transition and the Court of Appeal considered that there was value in revisiting the issue of direct contact after this process had taken place.

The Court found it regrettable that the judge did not address head on the human rights arguments and evidence of discrimination that arose during the initial hearing and set out guidance for how the family court should consider the human rights issues raised in the case in making a new decision. The family court will be required to consider whether there had been any discrimination in violation of the Equality Act, which would include the children being ostracised by their school. The court also provided guidance on applying the non-discrimination provisions under the Human Rights Act as well as the right to freedom of religion and to private and family life.

**Notes:**

CRIN's summary of the original family court judgment is available here.

**Link to full judgment:**

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/2164.html>

### 3. ORGANIZATIONAL OR METHODOLOGICAL INNOVATIONS (GOOD PRACTICES), INCLUDING IN TRAINING

#### 3.1. Specialization of judges and prosecutors in juvenile justice

Theresia Höyinck - Germany



##### Introduction

The specialization of professionals involved in juvenile crime proceedings is required by various international conventions<sup>112</sup> and e.g. in Germany and Austria by national law.<sup>113</sup> Specialization as we understand it means two connected things: special competences regarding children in conflict with the law and an organization of cases so that a substantial part of the cases dealt with are juvenile justice cases. In Germany, the need for such specialization is uncontested as being necessary to implement the “principle of education” (“Erziehungsgedanke”) which is central to the German Juvenile Justice Act (“Jugendgerichtsgesetz”, short “JGG”). For juvenile court judges and youth prosecutors there are explicit legal requirements regarding specialization, §§ 36, 37 JGG. Nevertheless, it has repeatedly been shown by research and is common knowledge in practice that in reality only a minority of judges and

prosecutors in juvenile courts are specialized. This paper provides a brief outline of the legal and factual situation and the surrounding debates regarding specialization of judges and prosecutors and other professionals in the juvenile system in Germany.

##### Legal situation in Germany

The German Juvenile Court Act (JGG) contains special provisions for juvenile criminal courts with regard to procedure and applicable sanctions. In juvenile courts, crimes committed by youths (aged 14-17, “Jugendliche”) and young adults (aged 18-20, “Heranwachsende”) are adjudicated.<sup>114</sup> According to § 37 JGG, which deals with requirements for appointing juvenile judges and youth prosecutors, “the judges in the juvenile courts and the youth prosecutors should be qualified in education and experienced in the education of youth”. § 35 (2) JGG provides the same for lay judges (“Schöffen”) who are part of the court in serious cases.<sup>115</sup> A guideline<sup>116</sup> specifies the kinds of knowledge expected: it has to be in education, youth psychology, youth psychiatry, criminology and sociology.

Apart from judges and prosecutors, there are other professionals involved in dealing with juvenile cases and cooperating on the cases: police, social workers and lawyers. Police are involved in the early stages of proceedings conducting the investigation. In cases of diversion, police may be the only professionals having personal contact with the juveniles. Apart from petty cases, however, social workers are usually involved in juvenile criminal cases, too. They are not part of the justice system, but of youth welfare. According to § 38 JGG, youth welfare is supposed to participate in youth criminal proceedings from the beginning. Their main tasks are supporting the juvenile, providing personal information on the juvenile to prosecution and courts and conducting alternative measures. Lawyers are not the rule in German Juvenile Courts, especially in district courts. They are only involved in about a fifth of all cases.<sup>117</sup>

Within police law, there is a national Guideline

Theresia Höyinck is Professor of Children’s and Youth rights at the University of Kassel, Germany, and president of the German Association of Juvenile Courts

112. cp. f.e. Art. 40 I, III Convention on the Rights of the Child, section 63 of the Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice and also Art. 20 of the Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings.

113. For example in Germany § 37 JGG, PDV 382; in Austria § 30 JGG.

114. For a general introduction into the German juvenile justice system see Dünkel, F. Criminology and Criminal Justice, Juvenile Justice and Juvenile Delinquency, International and Comparative Criminology, 2016.

115. The vast majority of juvenile cases is dealt with via diversion or the local courts with a single judge. Judges and prosecutors in Germany are civil servants.

Richtlinie zum JGG vom 18.07.1994; <https://bravors.brandenburg.de/de/verwaltungsvorschriften-216055>.

(PDV 382,<sup>118</sup> currently under revision), which applies for police working on juvenile cases. Article 1.2. states that juvenile cases should be handled by specially trained police officers (“Jugendsachbearbeiter”). The kind of special training is not described any further, there is no system of formal qualification within the police for particular fields. The Juvenile Justice Act is also seen as indirectly also concerning police, because police carries out most of the practical investigations for the prosecutors who, according to § 37 JGG, should be specially trained.

For lawyers in Germany, there is an established system of specialization in certain field of law. It is not formally necessary to be a specialized lawyer to work on the respective cases, but about a third of all lawyers<sup>119</sup> have one or more special qualifications as “Fachanwalt”. This requires experience and continuous training in the respective field. There is a specialization i.a. for criminal law in Germany. Lawyers have to complete 120 hours of theoretical training and to pass three exams taking five hours each. One of the topics is juvenile criminal law, but it is only of minor importance. Lawyers also have to prove practical experience: During three years they have to handle 60 criminal law cases (§§ 4 ff. FAO). If they have completed their training and done the required number of cases, it is necessary to stay in continuous training. For keeping the title “Fachanwalt”, they have to complete at least ten hours of advanced training every year (§ 15 FAO).

As for the social workers involved in juvenile criminal cases, there is a very general article applying for all professionals working in the youth welfare system: § 72 (1) Code of Social Law (SGB) VIII (“Fachkräftegebot”) states generally, that apart from the formal qualification (usually as a social worker) youth welfare professionals should have the necessary special knowledge and personal qualities for their concrete responsibilities.<sup>120</sup> There is no specific definition of “specialist” and “personal capability”.<sup>121</sup>

De facto situation in Germany

Initial training for all professionals working in juvenile justice cases - police, social workers, judges, prosecutors and lawyers - is a general one. The respective curricula of universities or academies sometimes allow some degree of specialization, but almost all degrees are general, so that it is quite clear that any serious kind of specialization would have to take place on the job.

In Germany, students at law faculties receive a general education in civil law, criminal law and administrative law. They can choose certain specialized courses, but the final state exam (“erstes Staatsexamen” considered equivalent to a Master’s degree) always covers the full range of fields. The same goes for the two years practical training, almost all law students undergo after university (“Referendariat”) ending with another exam (“zweites Staatsexamen”).

Social workers are trained at universities or universities of applied science. For most positions, a Bachelor-Degree is sufficient, most programs are not specialized and offer general degrees in social work. Police training takes place in special police academies run by the Bundesländer, there is no specialization for certain fields at this level.

Empirical evidence regarding the degree of specialization of juvenile judges and prosecutors in Germany is sparse, official data to this issue do not exist. Some points however have repeatedly been of research interest. The most recent study was conducted in 2013.<sup>122</sup>

It revealed that less than 20 percent of the responding prosecutors and about 13 percent of the judges had participated in any special trainings.<sup>123</sup> If they had participated, it had the length of a few days. Reasons for not attending varied. Important ones were case overload, lack of suitable programs and private reasons. Interestingly older judges and prosecutors were more likely to take part in special training. This may have to do with longer appointments for juvenile cases and less family obligations (part time work, small children – quite frequently training is not taking place during regular hours).

117. This figure relates to the year 2006, current data are not available; Eisenberg JGG, 20. Aufl. 2018, JGG § 68 para. 8.

118. <http://www.dvjj.de/sites/default/files/medien/imce/documente/downloads/PDV-382.pdf>, 15.10.2018.

119. [https://www.brak.de/w/files/04\\_fuer\\_journalisten/statistiken/2018/verteilung\\_fae.pdf](https://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2018/verteilung_fae.pdf), 05.11.2018.

120. Jox in beck-online. Großkommentar, Hrsg. Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, § 72 para. 10.

121. For criticism regarding the lack of a clearer definition see for example Nonninger in Kunkel/Kepert/Pattar, Sozialgesetzbuch VIII, § 72 para. 23.

123. Cp. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten, Kassel 2014.

Investing in special training makes particular sense if the knowledge acquired is going to be helpful for a large number of cases. In Germany, only a minority of judges and prosecutors responsible for juvenile cases treat juvenile criminal cases only. In 2013, 38 percent of the prosecutors responsible for juvenile law and 28 percent of juvenile judges were so with their full workload.<sup>124</sup> Those not only dealing with juvenile cases on average had a responsibility for other cases with half of their full workload. One reason for this is the fact that smaller district courts simply do not have enough cases for a full juvenile judge position. But also in larger courts, there tends to be general philosophy of flexible use of personnel as being necessary to deal with the challenges of organizing courts.<sup>125</sup>

As for the cooperating institutions in juvenile courts, there are only some data regarding specialization: Regarding social workers involved in the decision making process (“Jugendgerichtshilfe”, see above) the issue of specialization has to be seen within a general debate on organizing youth welfare. Whereas specialized services e.g. for juvenile criminal cases or foster care are seen as advantageous with regard to the special competences necessary, they contradict the idea of one professional being responsible for one person or one family. According to two recent surveys, about 50-60 percent of the services for juvenile criminal cases are fully specialized separate units,<sup>126</sup> the rest is part of a more general unit providing youth welfare services with more or less specialization within that unit.

Alternative measures are frequently provided not by public youth welfare services but by private institutions. The youth welfare market is driven by economic pressure and has been favoring large, flexible service providers rather than smaller local specialized ones.

Regarding police there only is anecdotal evidence.<sup>127</sup> Although specialized officers and units do exist, they seem to be declining. Two important reasons are seen: a trend toward specialization according to particular crimes (rather than the persons committing them) and

diminishing the number of other special units within police departments.

For all points mentioned above, it is important to see that the field of juvenile justice varies greatly between different regions. A major issue is the size of the institutions: Big urban settings provide much more options for organizing services than less populated rural area. Small districts often do not have enough juvenile cases for specialized units and access to training is not available locally.<sup>128</sup> An interesting development towards specialization are units (“Haus des Jugendrechts”), where police, prosecution and youth welfare dealing with juvenile cases are working in the same building.<sup>129</sup>

#### Legislative debates and developments

The latest national legislative debate on the issue of specialization took place in 2011. One of the main topics was the amendment of §§ 36, 37 JGG towards compulsory specialization for juvenile judges and prosecutors. The draft, proposed by the federal government<sup>130</sup> was strongly opposed by the states (“Bundesländer”) who are responsible for organizing and funding the justice system. They put forward cost and major administrative problems. In the end, there only was a small amendment regarding youth prosecutors. In their first year, prosecutors should not be responsible for juvenile cases. To date, there has been no new bill. The draft<sup>131</sup> in preparation for transposing the EU-Directive (EU) 2016/800 also avoids proposing more compulsory norms although it is very doubtful whether in practice, the specialization requirements of Article 20 of the Directive are met in Germany. It is argued that the debate of 2011 has improved the training situation and that a new attempt changing the law would fail to get the necessary support in parliament.

Specialization is not just a question of juvenile law, it is also discussed for other fields of law, especially family law. Here, too, there was legislative debate about formal legal requirements but no legislation followed. There only was a resolution by the legal committee stating that such legislation should be enacted in the future.<sup>132</sup> During the same period, a law requiring specialization for judges working on

124. Cp. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 128.

125. Cp. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 46 ff.

126. Cp. Höynck, T. & Leuschner, F. Das Jugendgerichtsbarometer, p. 75.

127. Eisenberg, JGG Kommentar, Einl. para. 26.

128. Internet-based training is only starting to be seen as an option.

129. These projects are usually located in cities and have been discussed quite controversially

130. BT-Drs. 213/11.

131. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verfahrensrechte\\_Jugendstrafverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verfahrensrechte_Jugendstrafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

insolvency cases was accepted by parliament as part of a major reform of insolvency law.<sup>133</sup> Since January 2013 § 22 (6) GVG states that in their first year, judges are not allowed to deal with insolvency cases. They should have knowledge in insolvency law, commercial and cooperate law and basic knowledge in parts of labor law, social law, tax law and accountancy. If a judge cannot document having this knowledge, he/she can only be given the responsibility for insolvency cases if it is to be expected that he/she will acquire the knowledge soon. Evidently, this is quite a soft obligation especially since there is no formal control mechanism for the requirements. Overall, the recent debates and developments have made quite clear that in the legal system obligations for specialization have very slim chances of being legally codified in any strict manner even though the necessity for special knowledge is widely accepted.

#### Conclusion and implications

The need for specialization in the German juvenile justice system is undisputed but there are serious problems with the enforcement. The main reason are weak legal requirements, other administrative priorities of institutions and lack of training opportunities. Especially for judges and prosecutors there is no culture of systematic and regular further training. This leads to the fact that specialization as required by EU-Directive 800/2016 can by no means be seen as fully complied with, although quite a number of training-activities are undertaken. Clarifications at the legislative level would be extremely helpful to promote practical change – past debates do not suggest that this aim is enforceable. It remains to be hoped that the debate to come on the issue and the report obligations of the Directive will give momentum to the improvements that could be observed in the last few years in terms of availability of training and incentives given within the system to attend training.

#### List of Cited Literature

Dünkel, Frieder, *Criminology and Criminal Justice, Juvenile Justice and Juvenile Delinquency*, International and Comparative Criminology, 2016

Eisenberg, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz JGG*, 20. Auflage 2018.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz,Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), Jox, Rolf/Wellenhofer, Marina (Hrsg.), *beck-online.Grosskommentar SGB VIII*, 2018.

Höynck, Theresia/Leuschner, Fredericke, *Das Jugendgerichtsbarometer. Ergebnisse einer bundesweiten Befragung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten*, Kassel 2014.

Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Auflage 2018.

132. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809092.pdf> p. 8.

133. "Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen" (ESUG).

## 3.2. Children in Contact with the Justice System Guidelines update—you can help too!

Avril Calder – UK



Jean-François Noël – Canada



Dear Members,

The story so far

At the meeting of the General Assembly during the World Congress in Paris last May, it was agreed that I would explore and lead ways forward for the future use of our Guidelines, Children in Contact with the Justice System.

As you know our Guidelines were ratified in 2017 and published on our website<sup>137</sup> in our three languages, and by virtue of the Italian Association, in Italian ([http://www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode\\_full/id\\_1229/](http://www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode_full/id_1229/)), and the Croatian Association in Croatian (<http://uszm.hr>); and thanks to the law firm White and Case and to Professor Hynd Ayoubi Idrissi of the CRC they are available in Arabic too. Every delegate at the World Congress received a copy in one of our three languages and thanks to Taghreed Jaber of Prison Reform International (PRI) in Arabic too.

Our Guidelines have met with approval from many quarters. I have even received an expression of regret from Professor Helen Stafford, whose important book, *Rewriting Children's Rights Judgments*<sup>135</sup>, was also published that year, that she and her co-authors were sorry not to have known about the Guidelines until printing of their book was underway.

However, Professor Stafford and her co-author, Professor Kathryn Hollingsworth, made up for that by enthusiastically joining in, alongside Professor Jean Trépanier, President of the International Working Group that drew up the Guidelines, in the World Congress Workshop which addressed use of the Guidelines by Judges and other professionals working in the field of child justice. The workshop room was packed with over <sup>50</sup> participants some of whom had to stand!

Following that workshop, it is gratifying that Prof Trépanier was invited by Renee Sabbagh<sup>136</sup>, who works for UNODC and took part in the workshop, to join a three-day training session in Beirut for Judges and social workers and to deliver training along the lines of that delivered in Paris.

Avril Calder served as a Magistrate in London for <sup>35</sup> years, sitting exclusively in two specialised courts—the Inner London Youth Court and the Family Proceedings Court. In <sup>2014</sup> she was elected President of IAYFJM, having been Treasurer and Editor-in-Chief of the Association's journal the Chronicle from <sup>2006</sup> until <sup>2018</sup> ([avril.calder@btinetrent.com](mailto:avril.calder@btinetrent.com))

Jean-François Noël holds a law degree (LL.B.) and a master's degree in law (LL.M.) from the University of Montreal as well as a B.A. in criminology from the University of Ottawa. He was admitted to the Quebec Bar in <sup>1995</sup>. Judge Noël was appointed to the Court of Quebec (Youth Division in Gatineau) on May <sup>19th, 2018</sup>. ([bureau-CQ@jean-francois.noel@judex.qc.ca](mailto:bureau-CQ@jean-francois.noel@judex.qc.ca))

<sup>134</sup>. [http://www.aimjf.org/download/Documentation\\_EN/AIMJF/Guidelines\\_-\\_ENG\\_-\\_Ratified\\_17.04.26.pdf](http://www.aimjf.org/download/Documentation_EN/AIMJF/Guidelines_-_ENG_-_Ratified_17.04.26.pdf)

<sup>135</sup>. *Rewriting Children's Rights Judgment*, from *Academic Vision to New Practice*, Helen Stafford, Kathryn Hollingsworth & Stephen Gilmore, ISBN 978-1-78225-925-1

<sup>136</sup>. UNODC Regional Office for the Middle East and North Africa, Renee Sabbagh, Project Coordinator

## Future of the Guidelines

I have been talking through possibilities with member, Judge Jean-François Noël, of Canada. I am very grateful to him for he has wide experience in dealing with the UN (in particular UNODC) and was at one time Director General of the International Bureau for Children's Rights (IBCR) based in Montreal. I have also been in contact with our former President Justice Renate Winter, currently President of the CRC Committee.

The options considered:

- Adoption by the UN. This would be too costly for us—about U\$500,000. The expenditure arises out of the cost involved in bringing on board Member States who would then champion our cause at the General Assembly of the UN. Judge Marta Pascual, our current President has agreed that this option is beyond our reach.

- Possible association with another programme. Judge Noël has spoken with Guillaume Landry, the current DG IBCR because IBCR is involved with a project (funded by La Francophonie) developed for African countries. I understand that UNODC in Vienna is also involved. The aim of the project is to develop key competencies for prosecutors and judges working with children as well as for other professions associated with justice for children. The programme developed to date is, for now, only available in French. I am looking forward to receiving the English version later this month (January) after which I hope to have discussions with Judge Noël and M. Landry about future collaboration.

- Similarly, there has been a very early discussion with UNODC with a view to the possibility of a publication of the Guidelines in close collaboration with them. It may be that other organisations eg UNICEF could be drawn in too.

- Justice Renate Winter has raised the Guidelines with the Austrian Minister for International Affairs with the aim of trying to get 'the

right from the UN to "refer officially" to the Guidelines' thus enabling the CRC to refer to them in its comments. This is not without difficulties and not as straight forward as it might appear, but Renate has it 'in hand'.

So, it's rather up to us to promote the Guidelines whenever, wherever and with whomsoever we can. Training trips like that proposed for Beirut are very helpful as is passing on copies of the Guidelines to those in positions of influence. For example, in November 2018 I gave a copy to the Acting President of Georgia's Supreme Court when I was there as an Expert speaking at an EU programme lead by Renate.

Many of us are able to refer to the Guidelines not only in our daily work—I am told by Leo Ratledge, Legal Officer for Child Rights International (CRIN) that our Guidelines sit on his desk, ready for reference whenever he needs them—but also in discussions with politicians, academics, police officers, social workers etc.

Perhaps, too, we need a benefactor to have the Guidelines professionally, and with AIMJF approval, translated into more languages along with finance for follow up 'training sessions' by our members to drive home the messages. And, of course, to press NGOs such as Terre des hommes (Tdh), PRI, Defence for Children International (DCI) and CRIN friends who were part of the Congress Consortium to promote their use in the countries where they operate.

How can you help?

These are positive developments, but I believe that to become widely known and used, our Guidelines need the support and endorsement of one or more international or federal bodies concerned with children and the justice system. The UN would, of course, be ideal; but as I have explained above, would be difficult to achieve.

So, it would be very helpful if members would consider relevant organisations that operate in their region and suggest whether and how they could be approached. Examples might include the Inter American Court of Human Rights,

Children's Rights Commissioners, Centres for Child Law (often associated with universities), and Federal Institutions for example in the USA, Brazil, Europe, Africa etc.

It may be that we should set up an international working group to address and coordinate the promotion and use of our Guidelines on the lines above.

So, Judge Noël and I would be grateful to hear from members who may already be using and promoting our Guidelines and for your suggestions for making them known and used as widely as possible including introductions to influential contacts that you may have.

With best wishes from my 'retirement', yours, as ever,

Avril

## 4. GENERAL TOPICS

### 4.1. THEORETICAL APPROACHES

#### 4.1.1 Progressive Autonomy of children and adolescents and civil law: An approach to the Argentinian experience

Marisa Herrera



Marisa Herrera is Doctor in Law (UBA). Researcher for CONICET. Professor at the School of Law, University of Buenos Aires, School of Economic and Legal Sciences, UNLPam and Universidad Nacional de Avellaneda.

##### 1. Constitutional-conventional introduction

The principle of progressive autonomy (PA) entails a constitutional-conventional demand and as such, it is part of the foundations of any regulation that compromises the human rights of children (niños) and adolescents (CA). This obligation has had a strong presence in the Civil and Commercial Argentinian Code (CC&C) valid since 08/01/2015 that marks a clear positioning and respect of the international doctrine of human rights in the field of civil law where family relationships stand out and in them, those including children and adolescents. In this context, the principle of PA is at the center, key with a strong influence in the area of the rela-

tionships between parents and children and especially, those related to the personal rights.

It is worth remembering that the principle of PA of minors arises from three basic pillars on which the CH human rights are built, and are summarized in the following chart:



It is evident that children, as they grow older and more mature, are able to understand and thus, exercise rights themselves until they reach full civil capacity that is established since 2009 – with the enactment of law 26.579- when they turn 18 years old. This statement is expressly recognized in the Advisory Opinion nr. 17 of the Inter-American Court on Human Rights (hereinafter, IHR Court) when in its paragraph 101 notes that “Evidently, there is great variety in the physical and intellectual degree of development, in the experience and information that those included in that concept have. The capacity of decision of a three-year old child is not the same as the one of a sixteen-year old. Therefore, the scope of the child’s participation in the proceedings must be reasonably nuanced in order to effectively protect their best interest, ultimate aim of the legislation related to International Law of the Human Rights in this area.”

Actually, based on psycho-social reasons, it is the adolescents who have a greater role in keeping with the PA principle. That is pointed out in the General Observation n°. 20/2016 on the effectiveness of the rights of the child during adolescence of the Committee on the Rights of the Child stating that “ The adopted

approaches to guarantee the exercise of the rights of adolescents differ significantly from those adopted for younger children” (paragraph 1 in fine); and that “adolescence is not easy to define, and that children reach maturity at different ages (...). The transition process from infancy to adulthood is influenced by the context and the environment as it is observed in the great diversity of cultural expectations that exist regarding adolescents in national legislations that foresee different thresholds to start developing activities in adulthood, and in the different international bodies that define adolescence regarding the different age groups. Therefore, this general observation does not seek to define adolescence, but focuses on the period of infancy that goes from 10 years old until the child is 18 to facilitate coherence in data collection.” (paragraph 5).

In this way, the study on art. 5 of the Convention on the Rights of the Child is deepened, in fact, in reference to the principle of autonomy by claiming that for the Committee “the respect of evolutionary development” implies that: a) “ such evolution as an enabling principle that deals with the maturity and learning process by which children progressively acquire competences, comprehension and higher levels of autonomy to assume responsibilities and exercise their rights” (paragraph 18) and b) tries to “to ensure a suitable balance between respecting the evolutionary development of adolescents and some appropriate levels of protection, a series of factors that influence decision-making must be taken into account, such as the the level of risk involved, the possibility of exploitation, the understanding of adolescents development, the recognition of the competencies and understanding that they do not always develop equally in all areas at the same pace, the recognition of experience and the ability of the person.” (paragraph 20).

How to materialize this complexity that involves the PA principle in the national legislative level, especially, in the field of civil law? How to achieve balanced legislation in the framework of such an indeterminate legal concept as it is progressive autonomy? Especially, when it is known that it is so negative to deny the exer

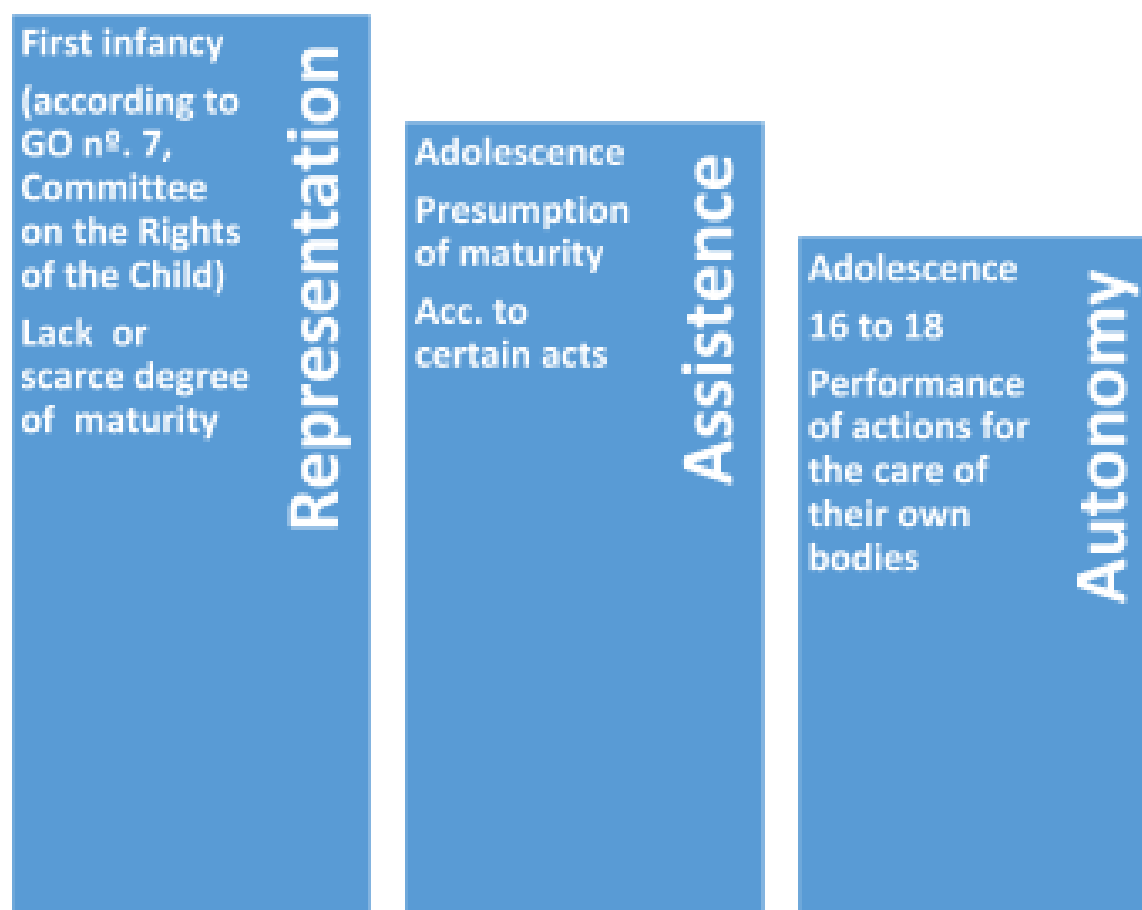
cise of rights when minors would be enabled to do so from the psycho-social level and conversely, to do so when they are not ready for it. Both extremes, clearly go against the guiding principle regarding human rights as it is the best interest of the child.

2. The progressive autonomy from the civil perspective.

From the legal-civil point of view and as an inescapable answer to the social reality described above, it is possible to defend the position adopted by the CC&C that distinguishes the concept of children (until 13 years old), from the concept of adolescent (from 13 to 18 years old), allowing in this way, to have a more suitable legislation to such reality and thus, to enable the exercise of certain rights to a category (adolescents) and not the other one (children); or even, to admit that such category leads to infer the maturity degree, but that some acts are banned at an age under 13 years old if the child is mature enough. Indeed, age constitutes an indicative element, but not sine qua non or rigid to allow or ban the exercise of rights by minors.

It is in this sense, and as a summary of the state of affairs, it is worth pointing out that at the International Congress of Families, childhood and Adolescence Law in Mendoza held from August 9 to 11, 2018, it was concluded that "The capacity to perform of a person older than 13 years old is presumed, in keeping with the provisions in art. 677, in accordance with what is set in art. 261 sec. c) CC&C, provisions that set forth a "iuris tantum" presumption that every adolescent has enough autonomy to take part in a process together with their parents, or in an autonomous way with legal aid."

However, from the legal perspective, and in pursuant to the unavoidable interaction between the concepts of civil capacity and representation in this new legislative scenario that the CC&C states, intersected by the principle of progressive autonomy, it could be observed in the following chart:



that such concept is ruled by the principle of “the progressive autonomy of a child in keeping with the psycho-physical characteristics, capacities and development. As autonomy increases, there is less representation of the parents in the realization of the rights of the children.” In this manner, the degree of maturity, from the sociological point of view, is accepted in the civil contemporary legislation through the principle of progressive autonomy and the resulting flexibility that derives from it as the idea of not focusing on the age as an objective and rigid element, but as a subjective and open element, as it is the degree of maturity. It is evident that both- objective and subjective elements- have communicating vessels due to the fact that age is a strong requirement or first and foremost approximation to unravelling the degree of maturity.

Consequently, there would be a clear feedback between the two key concepts of the principle of progressive autonomy accepted centrally in the CC&C regulation: age (a classic notion) and maturity degree (a contemporary notion that is sponsored by the international and regional corpus iuris); in turn mainstreamed by another

question: the type of act involved. In this line, the exercise of the acts that compromise the civil area, is directly influenced by the two concepts of age and maturity degree above-mentioned when dealing with minors.

The crux revolves around the unravelling of the different pieces that interact when we face legal acts that compromise the right to health, thus, as it specifically stated in the CC&C, it is to be distinguished between the acts that deal with or involve the care of their own bodies from those that would exceed that field, as for instance, advance directives; an issue over which there are dissenting voices. There is a new unfinished question that the CC&C rises and revolves around the notion of “irreversibility”. Is a 16 to 18-year-old adolescent – group that is in dispute for being treated as an adult for all acts relative to the care of his/her own body (art. 26 last part)- ready to decide, with the intervention of a notary public, about those extremely serious health conditions by which he/

she would choose not to be assisted any longer and die with dignity? This is not the only open question that creates the basic and complex intersection between progressive autonomy and right to health, this issue is deepened in the following section.

3. Progressive autonomy and the exercise of the right to health

Article 26 of the CC&C constitutes a pillar or backbone regulation in the field of civil law regarding the exercise of certain rights done by the persons involved. Although it is a regulation that includes different issues, all of them are intertwined or linked directly to the principle of will autonomy. Basically, this provision regulates different issues- more or less- interconnected, as shown in the following graphic:

ness, as well as the concept of risk to life or death (terms related to the field of health as provided in art. 7 of law 26.529). It was known that the open notions would rise interpretative debates, thus there was work done on a document that was passed by Resolution 65/2015 by the former Ministry of Health of the Nation (Ministerio de Salud de la Nación) dated 12/09/2015, published on the Official Gazette



As anticipated, although all these statements are linked in a more or less direct manner with the PA principle of CA, regarding its crossing with the right to health, stated in the last three paragraphs, it is more eloquent and that it has triggered more questions. Why? It is the implementation of the legislative capacity to summarize the different acts/decisions regarding the right to health that can exist today and in the future, all of them included in the regulation. To that end, it is evident that the only possible option of legislative policy is that it entails an open provision that contains legal undetermined concepts. This approach is opposed to the one that talks about the number or list of certain acts that in turn, could be a closed or limited or else merely illustrative.

The CC&C opts for a wide approach based on the notions of invasiveness and non-invasive-

ness, as well as the concept of risk to life or death (terms related to the field of health as provided in art. 7 of law 26.529). It was known that the open notions would rise interpretative debates, thus there was work done on a document that was passed by Resolution 65/2015 by the former Ministry of Health of the Nation (Ministerio de Salud de la Nación) dated 12/09/2015, published on the Official Gazette on 01/08/2016. Here, the interpretative central crux, it is noted that "The criterion of 'invasiveness' used in article 26 CC&C must be read as treatments of 'severity that involve risk to life or severe risk to health'. This can be deduced from its placing on a list that not only qualifies the term as 'invasive that compromises the health condition' but also it is related to treatments that 'cause a severe risk to life or physical integrity'. Therefore, it is of this Ministry's understanding that extending this type of treatments included in the exception to the ability presumption is restrictive of the integral and unjustified right to health".

This ministerial resolution regarding the sexual and reproductive rights of adolescents "considers that the sexual health and reproductive health in general and all the contraceptive transitory methods in particular (including im-

plants and intrauterine devices -IDUs) are not 'invasive practices that compromise the health condition' as said in article 26 of CC&C. That implies that as of 13 years of age (except in those cases that a special regulation applied that would grant a better right for a minor) people can access to contraceptive transitory methods in an autonomous way, as well as the HIV diagnosis and pregnancy test. In this sense, it is important to remember that the adolescent with the assistance of a professional shall determine, according to the conditions of the concrete case, which is the most suitable method. This decision shall be taken based on the eligibility criteria (technical criteria based on evidence) and the acceptance of every method for the adolescent".

It is worth mentioning that there is another specific topic that was not dealt with in this document regarding an issue about which there is no unanimous approval in the doctrine. We refer to tubal ligation and vasectomy. It turns out that law 26.130 regulating this matter demands the coming of age, which clearly expresses in the first article: "Every person of age has the right to access the performance of the practices called 'Fallopian tubal ligation' and 'Deferent ducts ligation or vasectomy' provided by the health system services"; ratifying in art. 2 related to the requirements, that it must be "an able person of age who requests it formally, with a prior inexcusable requirement that an informed consent be granted." The question that remains is whether this coming of age must be maintained because it is regulated by a special law or if it should give way, and be valid as of 16 years of age, for being an act that involves the sexual and reproductive rights, and thus the care of the own body in accordance to art. 26 of the CC&C.

In fact, in the light of the so-called "justified paternalism", the legislative decision of demanding the coming of age for such a decision with serious consequences as it is tubal ligation and vasectomy due to their irreversible nature, is shared. Other legislative decisions could be found in the same logic, such as the need to be of legal age to become a genetic material donor in reproductive techniques or for the draf-

ting of advance directives as set out in art 60 of the CC&C.

#### 4. Brief provisional conclusions

There has been an extensive and tumbling amount of water under the bridge of progressive autonomy of CA since the enforcement of the Convention on the Rights of the Child and specially, what is provided in art. 5; encouraged by case-law milestones such as the well-known case *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* in 1985 that led to the so-called, in its original language, "Gillick competence", that brought into question in the field of civil law the binomial legal capacity-incapacity, by admitting that even if the full legal capacity may have not been reached, it is not an obstacle to exercise per se determined acts relative to the personal rights, in particular, the right to health.

In this framework, art. 26 of CC&C constitutes a good normative example to defy the classic, conservative and closed legislation in which minors were generally marked by the idea of de facto disability.

Civil legislation as seen from the constitutional-conventional prism, had to give a 180-degree turn in several issues, that has been eloquently seen in the field of family relationships and the rights of CA, with undeniable communicating vessels between them. Just like the concept of plurality of forms of family organization mainstreamed by the principle of equality and non-discrimination, revolutionized the right of the families to such a point as to be most suitable to refer to this field with a final "s" final; regarding the human rights of the CA the uprising came in hand with the principle of progressive autonomy. This split has been so important and profound that there are still voices that resist it because, as it is known, changes and their subsequent movements in the pillars or foundation always cause fears and certain theoretical uneasiness.

It has already been said by the genius of Albert Einstein: "It is easier to disintegrate an atom than a prejudice" Yet there are certain prejudi-

137. With its three branches Executive, Legislative and Judicial.

138. Specially recognized rights in the CRC and Human Rights treaties.

139. Executive, Legislative, Judicial branches.

140. Hereinafter called BGA

141. Women, BGA, handicapped persons, elderly adults, indigenous people.

ces about minors, specially, about adolescents because they are- more than anybody else- the ones who drive and tension in act the virtues and fears that in turn create the principle of progressive autonomy in a Democratic State. Freedom is that complex.

#### 4.1.2. “The role of the State in the realization of the rights of boys, girls and adolescents. Trans childhood. Key elements in perspective towards childhood and adolescence”.

Gabriela Yuba - Argentina



This article presents the inter-disciplinary and inter-institutional approach of trans infancy at a public school in Ushuaia, from the role of the State in its obligation to protect with a view on childhood and gender. Equality and non-discrimination as well as gender identity are human rights that must be guaranteed and promoted.

Key words: gender identity, equality, non-discrimination, human rights approach, state's obligation, gender perspective, LGBTI.

##### I. - Introduction

Regarding the role of the State in the realization

of the rights of boys, girls and adolescents, it is not possible to render a partial analysis aside from the different policy areas, but it is necessary to regard the State in whole: in the administrative, legislative and judicial branches.

The Doctrine of Integral Protection, set up as of the issuance of the Convention of the Rights of the Child, came to change the paradigm in terms of childhood and adolescence, in which children and adolescents (BGA) are subjects of rights with progressive autonomy.

The interrelation between Human Rights and the environment generates an impact in the implementation of rights, so it is necessary to have a vision and an approach of a comprehensive, global and holistic reality, the State as a whole<sup>137</sup> being a guarantor of the realization of those rights<sup>138</sup>.

Considering the involvement of the different state agencies<sup>139</sup> in isolation, would lead to a narrow and partial look of reality and an ineffective and unsuitable intervention.

In this work we make the case of a trans child in the context of a public school in Ushuaia, Tierra del Fuego, Argentina, identifying the roles of the State in its duty to protect, analyzing from a human rights' perspective and particularly from the view of the right to infancy and adolescence.

##### II. - Trans infancy. Human rights approach

Considering the view of human rights and specifically the childhood and adolescence perspective, involves something more than passing laws or programs that regard the rights of boys, girls and adolescents<sup>140</sup>.

A human rights approach implies a way of intervention, a view, a perspective; it is an essential tool to value human dignity, equality, in order to end poverty, empower women, boys, girls, adolescents at equal conditions facing the rest of society, to encourage everybody's engagement in building a fairer and more equitable society.

Gabriela Yuba is a lawyer graduated from the UBA School of Law and Magister in Minority from the Universidad Notarial Argentina. She has held the following positions:- Social Advocate of the National Territory of Tierra del Fuego (TDF); Higher Public Advocate of the Public Ministry of Defense in Ushuaia; Family and Juvenile Court no. 1 in Ushuaia, TDF.

Representative in Argentina of the Latin American Regional Advisory Council (IAYFJM). Advisor to the Social Welfare Ministry in TDF.

142. They learn about it when making the jackets that identify the students that graduate from 6th year. When taking measures, sizes and ask them what name to embroider or mark on the jacket, the girl says a MALE name.

143. Hereinafter called BOY that is the way he self-perceives.

144. Finishes primary school and goes to secondary school. (ESO)

145. Games in the yard, where males gather at gym classes, lining up, in the "train", placing himself in the males place, although there are activities that they form.

146. At the Health Ministry of the Province of Tierra del Fuego, there are programs for trans persons and addresses the topic of gender identity with professionals of different specialties (males and females)

147. Remember that she had her first "menstrual period".

148. When we refer to the CRC, we must also include the three Optional Protocol issued afterwards: OP related to Children's participation in armed conflicts; OP relative to the sale of children, child prostitution and the use of children in pornography and OP rela-

When intervening on factual situations where boys, girls and adolescents are involved, the mainstreaming in the human rights approach is fundamental. Thus, that human rights approach entails an “extra “to be considered, a strengthened action for those vulnerable groups<sup>141</sup> in order to ensure and promote Human Rights and fundamental liberties, including those actions that promote equality and respect to all persons no matter their sexual orientation and gender identity.

After this introduction, we wonder: *Why does the State have the duty to protect? What does that obligation to protect consist of? And, why is training and specialization necessary?*

We will try to answer these questions based on the description of a factual situation below.

III.-Trans boy at a public school in Ushuaia.

This case is about an 11-year old girl in the 6<sup>th</sup> form, at a public school in Ushuaia, who perceives herself as a boy.

The interdisciplinary team at the school together with his teacher, after learning about the gender identity situation,<sup>142</sup> added to the comments made by the boy's<sup>143</sup> classmates, get involved waiting for the child himself to express his need to talk, building and encouraging the situation for that to happen. Consequently, he does that and so does his mother, who asks for help because she does not know how to act. The boy lives with his mother and a relative. His father lives in another province and keeps in touch by telephone.

Institutional meetings were held to identify current legal frameworks and interdisciplinary approaches, etc. It is important to point out that the case in question has not been considered a “problem,” but a situation to act upon in order to prevent the infringement of rights (right to equality, non-discrimination, to his self-perceived identity, etc.) also, to accompany and work ahead on his individuality, on the boy's transition towards his next stage at

school and on the institutional area.

The school interdisciplinary Team started to work with the class on gender stereotype workshops using different techniques, and held meetings with other teachers and professors (physical education for example) to inform them about the situation. The boy begins to be called by the name of his choosing and does activities according to the way he perceives himself<sup>145</sup>. Changes in the boy's physical appearance started to be perceived (way of dressing, haircut, etc.).

The boy asked to use the boy's restroom, and so the school replied they would consider the request and began organizing for it, not only considering the building, but basically the institution. Additionally, it is worth mentioning, that she had her “first menstrual period,” involving a consultation with the Health Department.

The boy is called by the first name that he chose (a male name) and registered in the school files, communication notebooks and other paperwork, under art. 12 law 26.743. For the time being, he has not requested an ID registry change.

The school continues working with the team and at the inter-institutional level with other areas of the Executive branch, including the Ministry of Education, Social Development, in cabinet meetings and school supervision. Actions with the Provincial Ministry of Health will be carried out. Hence, taking into account the physical changes experienced by the boy, it is fundamental to provide guidance and support from the corresponding area of health.

These are the actions to follow: institutional and all-personnel school counseling for both teaching and non-teaching staff, approaches to intervene with LGBTI persons; to address Integral Sexual Education; to promote equality; non-discrimination and respect; violence prevention, how to deal with the boy's passage from one school system to the next (from primary School to secondary School); how to work with the transition; to empower the boy and accompany his family.

ted to the communications procedure.

149. Law 23.849, 09/27/1990

152. Liwski, Norberto, Municipios, democratización y derechos humanos. Niñez, adolescencia y cambios sociales”. “Municipalities, democratization, and human rights. Childhood, adolescence and social changes.” CODESEDH, CABA, March 2000

153. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/037.asp>  
Date of reference: 3/4/2018  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>  
Date of reference: 3/4/2018

It is worth pointing out, that the boy and his mother attend therapeutic assistance during out-of-school hours in keeping with this "process they are going through: the boy personally and his mother by accompanying and supporting it.

IV. - Basis for an obligation of the State to protect

The issuance of the Convention on the Rights of the Child in 1989<sup>148</sup> and the ratification after the enactment of national law 23.849<sup>149</sup> brought about a change of paradigm regarding the way childhood and adolescence is perceived. The Convention constitutes a real catalog of the human rights of the boy, girl and adolescent.

Its inclusion in the 1994 reform in the National Constitution in art.75 section 22<sup>150</sup> implies that this international convention has constitutional status; it is part of the national law of the State, together with the Human Rights international treaties. They are part of it.

"... From the moment the Constitution came into force, the governing authorities, law makers and judges must see, or read the rights of the dogmatic part in light of the international treaties stated..."

The new paradigm established after the CRC implies that the BGA is a subject of rights and not an object of protection.

The individual subject of rights assumes that he holds the right to be heard, informed, to have an opinion and his own criterion, and to participate actively in the process of building a life and community project.

The individual subject of rights entails a study from the perspective of the exercise of juvenile citizenship, this exercise does not end in the recognition of the rights merely participatory, but it extends towards those aspects that contribute to making up the personality of the BGA entirely in order to build their life project with autonomy.

Youth citizenship is understood as the "... set of legal, social and cultural practices that show

youth participation within community processes, legal, social and cultural practices that ultimately account for the adolescent's participation inside society and therefore closely related to the institutions public, civil or religious. That is citizenship..."<sup>152</sup>

This change of paradigm is a process that does not settle down immediately. After the Convention was issued and included in the National Constitution, concrete actions are required in order to empower the whole society and the branches of the State on the concept of subject of rights and what that entails.

To that we must add that it is necessary to enact provincial legislation to protect childhood and adolescence compatible and suitable to the Convention, stressing and ensuring four basic general principles: equality, non-discrimination (art. 2 CRC); the higher interest of the child (art.3 CRC); the intrinsic right to life, survival and development (art. 6 CRC) and the right to express an opinion and to be heard (art. 12 CRC).

When a State ratifies a treaty, a Convention, it contracts the obligation to apply it and to make effective the rights recognized in them. Thus, it is fundamental to make all the legislation fully compatible with the CRC and with the principles that the Committee on the rights of the child regards as vital.

Now, what is it like in real life? How can the rights of the child be realized in the concrete practice?

Recently on 02/27/2018 the IACHR, in the thematic Report Towards the effective guarantee of the rights of boys, girls and adolescents: National Systems of Protection (Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección <sup>153</sup>), the IACHR intends to deepen the analysis of the State skills through the national systems of protection of rights of BGA to fulfill the normative mandate to guarantee the rights of childhood.

The aim is to identify the principles and stan-

dards that must be applied in the design and working of the operative models that integrate the Protection Systems under the International Law of Human Rights.

In the role of guarantors that States have as of the ratification of the CRC and of other international instruments, it is required to have an organizational and operative structure adapted to the obligations derived from the CRC, like a new institutionalism based on the systemic model, besides the operating principles and standards adapted to the Convention, new methods of work and better management mechanisms.

The report notes that although there are quite a few regulatory frameworks, infancy codes, there is a significant gap between the rights recognized in the regulations and the reality in which the children live and the fulfillment of their rights.

Thus, it is necessary to have together with the regulatory framework, a group of elements to consolidate the existence and operation of the institutional structure and of an organizational model that ensures that regulations are enforced, and rights are enjoyed and protected. It is worth mentioning, by way of example: public policies, programs, services, institutional mechanisms of articulation for the planning, design, approval, monitoring and assessment of public policies, considering the different territorial levels; data collection system and information analysis; specialized human resources; performance standards and services provision.

Those organizational models and operative structures are known as National Systems of Protection of the rights of boys, girls and adolescents.

The participation of the BGA from the IACHRL is regarded as essential, generating the suitable channels of participation as well as the collective dimension of the right of BGA to participate, express their opinion, emphasizing the nature of subjects of rights.

The report also reflects one of the main ba-

riers for infancy rights effectiveness: the lack of sufficient economic investment to allow their full realization, since besides the information on this issue in terms of childhood is not available so as to evaluate whether the State is allocating resources to that effect. It is desirable by the IACHR and States are expected to include principles of transparency, effectiveness, efficiency, equity, sustainability, accountability and participation.

In the report, the IACHR draws up recommendations about the legislative adaptation, fundamental principles that are to rule in the NPSs, articulation of national childhood policies and the rest of public policies; collecting system and data and information analysis in the measurement, monitoring and assessment; specific and specialized institutionalism in childhood; BGA participation in institutional and community structures of promotion and protection of BGA's human rights.

V. - Obligation of the State: art. 4 of the CRC

The article reflects the general obligation of the States where there is a link between the civil, political, social and cultural rights.

Article 4 of the CRC, expressly sets forth that: *"...States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation..."*

This article turns out to be fundamental because when a State ratifies the CRC, it contracts the obligation to apply it by virtue of the principle of international law. According to the Committee on the rights of the child, the application is the process whereby the States Parties take measures in order to guarantee the effectiveness of all the recognized rights in the CRC for all the children in its jurisdiction.

It is the State that undertakes the obligations

155. Conf. 100 Rules of Brasilia

156. Conf. General Obs. no. 5 (2003) "General implementation measures of the Convention on the rights of the child. Arts.4, 42, paragraph 6, art. 44." Committee on the Rights of the Child. 34° Sessions, 19/9 to 3/10 in 2003.

156.

157. <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=150&mode=letter&hook=P&sortkey=&sortorder=asc>  
Date of reference: 8/21/2018

by virtue of the Convention, but as guarantor, it is to translate into reality the human rights of the children on equal terms and without discrimination.

No matter what the economic circumstances of the States are, they are obliged to take the necessary measures to make the rights of the child effective, paying attention to the most underprivileged.

That obligation of the State provided for in article 4 of the CRC is connected with the guarantee of priority that is set in national law 26.061 in art. 5, implies among other things in an imperative manner, the protection and help of the rights of the BGA under any circumstances; priority in the legal demand of their rights; preference in the creation and attention to public policies, in the privileged allocation and the intangibility of public resources that guarantee them as well as preferential assistance to essential services. Also, it relates to the principle of effectiveness provided for in art.29 in law 26.061.

The situation of the most vulnerable<sup>154</sup> demands adopting a reinforced *“extra” protection for them that plus being reinforced by action for the fulfillment and promotion of their rights just as set in the Doctrine for Integral Protection.*

As it is noted by the Committee on the rights of the child<sup>155</sup>, the implementation of the human rights of children shall not be considered a charitable process that consists of doing children a favor, but it is about applying a perspective based on the rights of childhood through government, congress and justice action, taking into account the principles set in arts. 2, 3, 6 and 12 of the Convention.

In order to make that application of the Convention effective, it is necessary to have a visible intersectorial coordination so they can result in the effective fulfillment of the rights and interact with society.

Thus, it is fundamental to work WITH the children, not just FOR the children. Involving them in their own change and empowering them in an equal manner and without discrimination.

On that path, laying down strategies oriented to the integral development of BGA shall not only be good intentions, but they are to be a sustainable process to the effectiveness of the rights of the child, according to the priorities set out in the plans, projects, policies, health, education, that set the BGA as true subjects of the rights.<sup>156</sup>

It should be noted in this whole process:

- The mainstreaming of the human rights perspective: it involves resignifying, organizing, and improving the processes so that the view of equality and non-discrimination is incorporated in all the policies, strategies, actions and interventions.

- Infancy perspective: BGA as a subject of rights, activities and structures compatible with the general principles provided for arts. 2, 3, 6 12 of the Convention.

- Gender perspective: “... it is a way of seeing or analyzing that consists of observing the impact of gender in the opportunities, roles and social interactions of people. This way of perceiving allows us to do a gender analysis and then mainstream a gender perspective in a program or proposed policy or in an organization...”<sup>157</sup>

- Intersectional perspective: It involves taking into account throughout the legal process how different factors of vulnerability and discrimination are combined, such as gender, social class, race, age, ability, other, socio-historical context and life experiences; so the intersection of those multiple factors in a concrete case can give way to specific forms of discrimination.

Ultimately, human rights approach allows us to identify inequalities and to correct discriminatory practices by good practices, among other activities, that promote and consider Human Rights.

VI. - Training and specialization on childhood and adolescence rights.

158. Law 26.061 art.27

159. Art. 3 CRC.

160. When we refer to the “rights of the child”

161. In case of threat or infringement of the rights of a child, protection or exceptional measures will be taken by the local authority with immediate notice to the judicial authority for its ratification (arts. 33, 39, 40 national law 26.061; Provincial law 521: arts. 39, 42; Judicial proceedings art. 39 sections. D y F, G, H, I conf. Art. 42.

Education and training is built as a transforming tool that impacts on the fulfillment of BGA's rights.

This implies that one of the operators that work on the topics involved with childhood and adolescence have specific training. For the Committee, States must promote training and foster the ability of those involved in the processes of fulfillment of the rights of the child (Executive, legislators, judges, and all those working with children).

The expert's training is a fundamental tool so children can enjoy their rights equally and without discrimination. Equality and non-discrimination is rendered as a development axis and pivot on which public policies must revolve around.

The extra special protection that BGAs require is precisely funded on the condition of vulnerability of children, to the point that the very Civil and Commercial Code of the Nation introduces as an essential requirement in family procedures, the specialization of family judge (art.706 section. B CC and CN), as well as lawyers specialized on those topics<sup>158</sup>. That specialization in the field of childhood, adolescence and human rights is a fundamental element to guarantee the rights of BGAs.

In the factual situation described at the beginning, from the Executive Power to the school level, the intervention regarding a trans child had a childhood and gender approach compatible with human rights and with the intersectional perspective.

It is worth pointing out: the non judicialization, as an activity of the Executive power in its administrative face, as guarantor of the rights of the child, providing institutional tools to the experience expressed by the child and his family with a display of activities that constitute "good practices" in the trans childhood approach. The view about the concern and institutional interest in building an action protocol in these cases was revealed at cabinet meetings and that shows the level of commitment with the developed issue.

VII. Boys, Girls and adolescents as subjects of vulnerable rights. Reinforced protection of childhood and adolescence.

Recognizing that BGAs are vulnerable subjects of rights is to stress the need to extra reinforced protection on the issues that involve them. The Gral. Obs. No.<sup>14</sup> of the Committee of the Rights of the Child clearly establishes that the superior interest of the child is three-dimensional: it is a substantial right, an interpretative general principle and a procedural rule and it is that leading principle (ISN) that is to prevail overall actions and decisions that involve them.<sup>159</sup>

On the other hand, the situation of vulnerability of the boys, girls and adolescents leads to recognize that because they are underage, they require special tutelage of the so-called monitoring agencies (either Justice or Administrative Power). Remember that the "100 Rules in Brasilia about Access to justice for all the persons in conditions of vulnerability" exactly refer to improving access to justice for all those persons that see their Access to justice affected or hindered for the recognition of their rights for any of the causes of vulnerability (age, disability, being indigenous persons or belonging to minorities, being an immigrant, refugee, poverty, gender or deprivation of liberty).

Yet the truth is that the need to recognize and make the rights of the child true<sup>160</sup>, is not just about taking measures when in a legal setting, (making concrete an effective legal tutelage), as we consider justice to be the last link of the chain of interventions<sup>161</sup>, but it is about trying to work on prevention and on the approach on institutions such as the school ( in this case) , of those situations where human dignity, equality and non-discrimination on activities related to the promotion of human rights are at stake.

Also, the condition of vulnerability in which children are ( art. 75 sec. 23 CN) implies that tools for the effectiveness of their rights and enforcement should be put in place too, not only for them as subjects of rights, but also for the operators that work with and for children. Furthermore, it entails strengthening the mechanisms of protection against rights violations, especia-

162. Art. 1 law 26.743

163. Art. 2 law 26.743

164. Article 12 - Dignified treatment. The gender identity adopted by persons shall be respected, especially by girls, boys and adolescents that use a first name different from the one entered on the national identity document. At its mere request, the first name adopted shall be used for subpoena, register, file, call or any other paperwork or service, both in the public and the private areas. When the nature of the paperwork makes it necessary to register the data in the national identity document, a system that combines the initials of the name, full last name, day and date of birth and document number and the selected first name shall be added for the sake of gender identity at the request of the person concerned. When the person must be named in public only the selected first name that respects the adopted gender identity must be used.

165. Cantore, Laura, Intersexualidad, transexualidad y derechos de la infancia. In "Tratado de Derechos de niños, niñas y adolescentes", Intersexuality, transsexuality and rights to infancy. In " Treaty on the Rights of boys, girls and adolescents". I. Director: Silvia Fernandez. P. 443, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, June 2015

166. <http://www.corteidh.or.cr/>  
Date of reference: 12/1/2018  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_01\\_18.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_01_18.pdf)  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

167. State obligations related to the name change, gender identity and the rights resulting from a bond among same-sex couples (interpretation and scope of arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 and 24 related to art. 1 of the ACHR.

lly the DES and C, civil and political rights and those rights that have to do with human dignity.

The defense of the human rights of children in general acquires such importance and ethical dimension that demands the fulfillment of positive action measures (art. 75 sec. 23 CN), since they relate to dignity as a founding right of the personality. Recognition and respect of human dignity make up the basis of recognition and promotion of human rights and of the very essence of the human being.

Focusing on the issue of the right to gender identity, it is one of the rights that deeply impacts on the persons' dignity and also on their autonomy and freedom.

At a national level under law 26.743, any person has the right to gender identity and this implies the recognition of their gender identity, their free development as persons according to their gender identity and to being treated accordingly, being identified in that way on records if they required so.<sup>162</sup>

Gender identity is defined as: ... Gender identity is understood as the internal and individual way in which gender is perceived by persons, that can correspond or not to the gender assigned at birth, including the personal experience of the body. This can involve modifying bodily appearance or functions through pharmacological, surgical or other means, provided it is freely chosen. It also includes other expressions of gender such as dress, ways of speaking and gestures."<sup>163</sup>

Art. 5 of law 26.743 establishes the precautions so that a minor can do the registrar rectification (with the express consent of the minor, considering their progressive autonomy and with the assistance of the child's lawyer) together with the request of the legal representatives, resorting to legal proceedings when one of them fails to meet that petition.

Art. 12 related to dignified treatment sets the fundamental basis for the treatment of the person exercising their right to gender identity, especially regarding BGAs because as they re-

ferred to and called according to their self-perceived identity, it is vital in social and community relationships. The article establishes how data content is to be registered in the national identity document, being able to use the first name adopted for the subpoena, registry or any other paperwork.<sup>164</sup>

The Gender Identity Act regarding BGAs must be interpreted and applied in a cross-cutting manner with the Convention of the Rights of the child, bearing in mind the directive guidelines and principles proclaimed therein: higher interest of the child; non-discrimination principle; rights effectiveness principle and effective protection; right to be heard and right to life, survival and development.

The free development of a person, personal autonomy, informed consent, NHI, predominance of self-perceived identity over unwanted surgical procedures, gratuity and the right to gender identity as self-perceived regardless of the body, and the preexisting registered records, are the base of law 26.743 that relate to CRC.<sup>165</sup>

It is worth mentioning that LGBTI persons are object to violence and discrimination, thus international and regional agencies such as IA-CHR and the IHR Court have set concrete actions through theme Reports and Consultative Opinions in order to provide States with clear goals about the interpretation of norms (for instance the American Convention of Human Rights).

The IHR adopted the Consultative Opinion CO-24/17 dated November 24, 2017 requested by the Republic of Costa Rica, on "Gender Identity and equality and non-discrimination to same-sex couples."<sup>166 167</sup> There it refers to issued related to the rights of LGBTI persons regarding the recognition of gender identity and the prohibition of discrimination.

The IHR Court expressed that it is a right protected by the ACHR, the change of name, the adaptation of the image, the rectification of the mention of sex or gender in the identity document register according to the self-perceived gender identity; that States have the obligation

169. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>  
Date of reference: 10/16/2018  
Report dated: 11/12/2015

170. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>  
Date of reference: 10/21/2018

171. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es)  
Date of reference: 10/16/2018

172. Gral. Obs. No. 20 on the realization of the rights of adolescents. Committee on the Rights of the Child. sobre realización de los derechos de los adolescentes.

to recognize, regulate and establish suitable mechanisms to that end and agile proceedings are set in order to show gender identity.<sup>168</sup>

On the other hand, the IHR Commission on its thematic report about Violence against LGBT<sup>169</sup> persons shows the high rates of violence and infringement of LGBT persons specially boys, girls and adolescents. The BGA and LGBT are the most vulnerable groups to violence, basically within the family and in the schools (both public and private).

The body expresses that they face stigmatization, discrimination, violence because of their sexual orientation or gender identity; including social

The body expresses that they face stigmatization, discrimination, violence because of their sexual orientation or gender identity; including social and academic isolation, bullying, marginalization, exclusion of the school and health care services.

Consequently, the Commission points out that children have the right to protection according to art. 19 of the ACHR and this creates duties on behalf of the State, the family and society. The State must act according to the Convention of the Rights of the child in order to protect the BGA LGBT against the violence and harassment that they suffer in the family and at school (the two most frequent environments) according to studies by UNESCO and PNUD. These expressions of violence can be seen when the expression of their gender does not correspond to the male stereotypes.

This harassment and violence motivated by sexual orientation and gender identity hinder the exercise of the rest of the human rights of the child and forces the State to take measures of protection and prevention to that end.

Also, the ICHR on its report "Violence, childhood and organized crime" dated November 11, 2015, notes the situation of vulnerability and violence that LGBTI adolescents suffer both within their homes and in society in general due to the strong social and discrimina-

tory stereotypes, and recommends that States strengthen the family, the school, the society in general with political and non-discriminatory actions, inclusive, holistic, with staff trained to approach the problems that affect childhood and adolescence; avoiding school dropout, exclusion from the healthcare services, and drug abuse prevention. All of the above, with a human rights approach.

Additionally, the Committee on the Rights of the child, in the final Observations, on the periodic report about Argentina<sup>171</sup> presented in Geneva last May/June 2018, recommended, in connection with damaging practices that The Argentine State develop a healthcare protocol based on the rights of intersexual children, and guarantee that no BGA is forced to undergo surgery or unnecessary treatment and that relatives with intersexual children get counseling and suitable support.

Likewise, the Committee on the Rights of the child, as a body of supervision and control of the enforcement of the Convention, in <sup>2016</sup> on drew up the General Observation no. <sup>20</sup> about the effectiveness of the rights of the child during adolescence, and pointed out that LGBTI adolescents are often object to persecution, abuse, violence, stigmatization, discrimination, expelling them from the academic, even family and social circles. Consequently, they have difficulties and obstacles to exercise their rights, access to information, to sexual and reproductive health, and are object of sexual aggressions. All these impacts on their self-esteem, increasing depression and suicide expose them to street living. Given this scenario, the Committee notes and points out that adolescents have a right to freedom of speech and to being respected in their physical and psychological integrity.

Related to the exercise of juvenile citizenship and with its integral development, the Committee points out that all adolescents have right to freedom of speech and to being respected in their psych-physical integrity, their gender identity and emerging autonomy.

It condemns the imposition of "treatments," by

173. E/C.12/ARG/OC/4

174. Economic, Social and cultural rights Committee.; 12/10/2018. Advanced unedited version. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1200&Lang=sp) [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fARG%2fCO%2f4&Lang=es) Date of reference: 10/21/2018

Family Court in Junín • 12/10/2015 • R. N. J. s/ rectification of certificates • The Online Law • AR/JUR/88112/2015 (boy that requested the certificates rectification). Court of 1st Instance Civil and Comercial and Family of 2nd Nomination of Rio Cuarto • 12/18/2014 • O., M. B. – Full Adoption • AR/JUR/90132/2014 (adopter who modified the gender identity) Court of Contentious-administrative and Taxation Appeals of the Ciudad Autónoma de Buenos Aires, room III,A., C. C. c. GCBA on/ autonomous precautionary measure • 08/22/2014. Online quote: AR/JUR/50163/2014 . (rectification of birth certificate of a minor to be placed on record the paternity of the parent that obtained registrar rectification of the sex). First Instance Family Court No. 3 of Rawson, Province of Chubut • 09/05/2016 • M., J. on/ gender violence • LAW 09/30/2016 , 7 LAW 2016-E , 439 • AR/JUR/58121/2016 ("As urgent preventive measure (art. 26, law 26.485) a sports facility has to file the plaintiff in the hockey championship according to the gender identity of her choosing, to the extent that this act represents access to the suitable material conditions that allow the realization of an important part of her plan of life and that it is the duty of the State and the individuals to respect the autonomous determinations that are not harmful to anybody. (art. 19, National

which the sexual orientation of a person is intended to change, and that intersexual adolescents are forced to undergo surgical interventions or forced treatments. In that respect, the Committee urges the States to repeal the laws that criminalize or discriminate persons because of their sexual orientation, gender identity or because of their condition of intersexual persons; that discriminatory practices and forced surgical interventions are eliminated and that laws that prohibit discrimination for all the above mentioned are passed.

The Committee also notes that the States must act efficiently to protect LGBTI adolescents against all forms of violence and discrimination, awareness activities are set and security and support measures are adopted.<sup>172</sup>

Finally, the ESCR<sup>173</sup> Committee, in the assessment of the last report on Argentina, among their observations<sup>174</sup>, expressed their concern about the lack of regulatory and institutional framework to guarantee healthcare services appropriate to intersex persons ( art. 12), thus recommending that the Argentine State adopts a regulatory and institutional framework to guarantee healthcare services suitable for intersex persons.

It is worth mentioning that in Tierra del Fuego, there is an area in the Ministry of Health, teams of professionals (males and females) that deal with consultation and treatments, if it corresponds, of LGBTI persons and also have a program called adolescent counseling services in multidisciplinary schools.

#### VIII. - National Jurisprudence. Comparative Law

There are rulings about gender identity at a national level, under national law <sup>26.743</sup> it is provided that there is registry rectification according to gender identity in children as well as for instance, the adaptation of the birth certificate of a minor regarding the registry rectification of the parent depending on their sex. <sup>175</sup>

<sup>176</sup>Also, there are judicial precedents regarding gender identity recognition and its impact on children's lives (as in the case of granting an adoption to someone from one sex who regis-

ters as an adopter and then has it changed according to their self-perceived gender).

From a Comparative Law perspective, the Constitutional Court of Ecuador, the one in Colombia, or the Supreme Court of India, have rendered interesting sentences in connection with this topic, focusing on non-discrimination, equality, and the right to healthcare.<sup>177</sup>

#### VIII. Concluding Words

The obligation to protect that the State has as a whole (including the three branches of the State) does not limit itself to the mere application or calling of the laws or regulation adapted to Human Rights treaties or international conventions.

As set out by the Committee on the Rights of the Child on the last report presented by Argentina in Geneva (May/June <sup>2018</sup>), it is necessary that legislation and policies are harmonized with the CRC; to strengthen the coordination channels between the national Council SENNAF and the

provinces; to appoint a Child Ombudsman, put off for years and carry out practices and actions compatible with the CRC.

The approach to LGBTI childhood has to be holistic, inter-institutional and multidisciplinary.

The above mentioned experience about the public school in Ushuaia regarding a trans child, is a sample of the coordinated work of different disciplines and inter-institutional roles committed in face of a reality where the fulfillment of the rights of the child impose themselves according to the NHI and childhood perspective.

At a national level, we count on the support of different laws such as law 26.743 of gender identity; law 26.206; 26.150 on Education and Comprehensive Sexual Education (ESI) ; Law of Comprehensive Protection of rights of BGA 26.061, CRC. At a local level: the provincial law 521 of Comprehensive Protection of BGA and their families. At a regional level, the OC 24/ 17 of the IHR Court "Gender identity and equality

Constitution National; art. 1, law 26.743)."

176. It is worth mentioning that before law 26.743 there are also several rulings on gender identity. For a methodological reason, we just make reference as of the passing of the gender identity law in Argentina.

177. Constitutional Court of Colombia, Room 7 of revision • 08/28/2014 • N. On behalf and name of his son.P. c. EPS and Medicina Prepagada Suramericana S.A. • RDF 2015-II , 183 RDF 2015-II-183 • CO/ JUR/2/2014

"...In dealing with an 11-year old child with an intersexual condition, the full coverage of a hormone treatment and sex assignment surgery was demanded, the parent's substitute consent is not constitutionally admissible, because after the critical threshold of gender identification—5 years old—and with no life or integrity risk, the decision about the surgical performance would correspond to the minor himself, adjusting that occurrence to the need to avoid the consequences of puberty...".

Supreme Court of India • 04/15/2014 • National Legal Services Authority c. Union of India and others • AR/ JUR/49388/2014

"... The lack of identity recognition of transgender persons hinders equality before the law established in art.

14 of the Constitution of the Republic of India, because it causes them to be exposed to harassment, violence and social discrimination, especially in employment fields, education and health, as well as to what is related to access to public spaces (from the vote of Judge Radhakrishnan)...".

Constitutional Court of Ecuador • 05/10/2017 • Sentence N° 133-17-SEP-CC -- Case N° 0288-12-EP c • RDF 2018-I , 211 note by Javier Muñoz • EC/JUR/1/2017  
"...The objection to the request of sex change—from female to male—at an administrative and judicial venue,

and non-discrimination to same sex couples” adds clear foundations regarding the due protection to gender identity and equality, as protected rights by the ACHR.

As expressed above, we must adapt the existing regulatory frameworks to reality in order to make the rights of BGA effective.

Building good practices that are compatible with human rights and with positive measures of action shall be the means to make the rights recognized in treaties and conventions effective.

The effective validity of the rights of BGA consecrated in the CRC is both connected with the incorporation of the principles and provincial regulations and with the implementation of the State strategies to implement those rights in daily life.

### **4.1.3. Preview of the Special Testimony of the Child Victim of Violence in Brazil**

#### **Implementation of the special testimony in Brazil enforced by law 13.431, 2017 that came into force on April 17, 2018 to enhance Recommendation 33 of the CNJ**

Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Junior  
Marília Bitencourt C. Calou P. Rebouças

Juliana Nogueira Loiola

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

Marynna Laís Quirino Pereira  
Nardejane Martins Cardoso

Rafaela Gomes Viana  
Thiago Pessoa Colares



To improve the Special Testimony (ET) of the child victim of violence in Brazil, the National Council of Justice (CNJ), body in charge of the administrative and financial control of the Judiciary and the fulfillment of the functional duties of the judges, in association with the National Judicial School for Formation and Development (ENFAM), hired the University of Fortaleza (Edson Queiroz Foundation) to carry out a research destined to organize training courses for magistrates, for a better implementation of the provisions of the Law about the Testimony, The Federal Law of Education.13.431, 2017 that came into force on April 17, 2018. That work provides information about some results of the investigation

The special testimony (ET) is a procedure, applied if necessary, to hear a child's voice in case they should appear before The Judiciary to render testimony as a victim or witness in a process that involves a situation of violence. It serves three purposes. Firstly, it is useful to learn about the facts. Secondly, it is a method that dramatically reduces the child's re-victimization. Thirdly, it allows the accurate data collection. In that respect, the ET takes advantage of the defendant's rights (the most qualified evidence production), the child's rights (higher protection during the listening) and of Justice (higher security in trial).

The investigation carried out had a qualitative nature. It lasted from March to November 2018.

It includes five States, one of each region in

constitutes an infringement to the constitutional rights to the free development of the personality and personal identity of the petitioner, this impairs the enjoyment of his constitutional rights....”

Court of Minors of the county of Hamilton, Cincinnati, Ohio • 02/16/2018 • “JNS” - Case Number. F17-334 X • RDF 2018-V , 221 note by Ana Hilbert • US/ JUR/1/2018

“...The legal custody of a minor who was diagnosed with gender dysphonia must be granted to her maternal grandparents because they are the suitable caregivers and have demonstrated skill in dealing with the needs of the girl; evidence was submitted that shows the parents agree with that solution, and both the ad hoc lawyer and the ad litem curator maintained that it was in her superior interest that she continued living with them. ...”

Antonio Jorge Pereira Junior is Doctor in Law (University of São Paulo, Brazil) and Professor at the University of Fortaleza (Unifor), Brazil.

178. Even with the difficulties in its implementation throughout the country, with modifying projects in the Argentine Parliament for its character of “public order”.

Brazil and the Federal District. Its goal was to assess the degree of implementation of the provisions in the law 13.431 and of Resolution nº 33 of CNJ, regarding the Special Testimony.

The investigation involved three fields of analysis related to the optimization of the Testimony: space structure, training of the technical equipment, correct application of the protocols during the listening. Resolution 33 and Law 13.431 specially aim at lowering the risks of de re-victimization of the child during the testimony. What is prescribed in general terms?

First, regarding the physical-material structure, the ET should be done in an isolated room, different from the hearing room, where it is video-recorded live. The structure of the building and the furniture in the ET room should keep the child's privacy and avoid the risk to run into the aggressor.

The second item notes that the required training of the inter-professional technical team has to be updated on a permanent basis to better apply the protocols set forth by the corresponding Court of Justice.

As regards the protocols applied, the CNJ and the law demand strict observance so that the child's voice is endorsed by the scientific base incorporated in the procedure attested by technical and legal institutions.

As to the historical path of the Special Testimony in Brazilian Justice, the first steps were taken by the Court of Justice in Rio Grande del Sur, in the South of the country in 2003. Afterwards, the practice reached all the Courts.

In 2006, the CNJ passed resolution 33 and set for the <sup>27</sup> Courts of Justice in Brazil, guidelines to adapt the procedure. However, in 2017 due to federal law 13.431, the implementation of ST was enforced.

The law opens a new legal culture regarding childhood and youth with a budgetary impact, too. To help implement the ST in Brazil, the NCJ and the ENFAM have joined both administrative areas and training ones in order to

help implement this new culture. The research carried out by the University of Fortaleza subscribes in this context to the assessment of the physical and human conditions of the Courts of Brazil to contribute to the making of training plans to be developed by the above-mentioned institutions. Some data of the work ordered to UNIFOR can be anticipated. Regarding the structure demands, it is to be noted the lack of uniformity in the Courts in connection with the demanded items by the Resolution of the NCJ and provided by law, this being one of the issues to be overcome by the joint action of NCJ and ENFAM.

Law 13.431 in art.12, item III, establishes the need to have an exclusive room for taking Special Testimony. In this respect, there was a lack of rooms in some of the Courts, especially in regions that are further away from the capitals.

It was verified that only 54% of the visited counties have a room for taking ET, different from the one used for regular hearings. It is evident that the majority of the Courts have no uniformity in connection with the inland regions and in the capital. Only Rio Grande del Sur, the pioneer state in the procedure, gives consistency. Courts must be concerned about the structures of inland regions in order to prevent children from traveling long distances.

As regards the lack of structure uniformity found in the investigation, there is divergence about the use of toys in the ST rooms. Only 57 % of the regions visited have games in the rooms, 42 % of them do not. In this respect, the bibliographic survey held before the field research, measured that the adults that were equipped with toys when asking for the child's cooperation, ended up adopting a dynamic similar to the one of the abusers. Another issue raised by the investigation is that the suggested lucrative exchange answers for toys) can spoil the ST. The issue of the necessary and deep attention of the child to produce the Testimony that can be deviated by games stimulation is discussed. Thus, it is clear, an effort must be made to standardize the ST structure in the country to distinguish between "prior reception room" with games and the ST room

with higher neutrality.

It was noted that in some places, the structure of the building could be a hurdle to the full completion of the model described in the law. There should be strategies to guarantee spaces with appropriate lightning, to ensure there is no contact with the aggressor (article 9 and article 12, §3º of Law 13.431) and soundproofing (article 12, III, final part, of Law 13.431).

The investigation also suggests that there is no uniformity in terms of protocols selection and implementation. In case of a problem related to public health, in most of the cases consideration must be given to how much it is remembered, the degree of trauma and damage, capacity to tell truths from lies, language mapping, anatomic recognition skill, etc.

In addition, the time span between the date of the offence and the date of the ST. In an extreme case, 10 (ten) years have passed between the date of the offence and the date of the ST. In 45% of the cases it took 2 (two) to 7 (seven) years to take testimony.

In addition, it is worth noting the number of times the child went through the listening procedure. Only in 22% of the cases studied, the victim was heard only once. The ideal percentage should be close to 100%. In 72% of the cases, they were heard at least twice. Among these cases, in 61% of them there was no justification to repeat the procedure. It was proven that the measure of proof anticipation, provided for in Law 13.431, is not normally used, even when it is recommended in cases of sexual violence, mainly with minors under 12. From the cases studied only 16% were done with a measure of proof anticipation.

In view of all this data, here omitted, it is preliminary concluded that it is urgent the reparation of institutional leaks that impair the higher success of the procedure.

Due to their leadership position, the magistrates will be mainly responsible for the ST success. Therefore, it is necessary that they be trained to enable them in the implementation of

the procedure, which demands management training, since the model in Brazil involves tasks that exceed the mere legal activity.

Thus, it will be for the judge to lead, by training, the implementation of Law 13.431, as long as he is provided with human and technical resources that enable him to act before the Court of Justice related to him, with the support of the NCJ, in order to meet the demands of the Law in his region.

To fulfill that mission, the training courses shall go beyond the strict teaching of dogmatics, to make a transformation agent out of the judge. He should be specially enabled to devise action strategies to meet the goals of the Law in its region, together with the competent bodies, and to lower damages in case they could not be fully met during the implementation stage.

Finally, the investigation made it possible to ratify that the scenario is positive in light of the commitment made by teams and magistrates. The ST procedure is to be improved in the coming years with the aid of the Training Colleges and the National Council of Justice to achieve the best training for magistrates.

## 4.2. CASE LAW

### 4.2.1 USA – Case Roper v. Simmons

CaselawCautionRoper v. Simmons, 543 U.S. 551

Copy Citation

Supreme Court of the United States

October 13, 2004, Argued ; March 1, 2005, Decided

No. 03-633

Reporter

543 U.S. 551 \* | 125 S. Ct. 1183 \*\* | 161 L. Ed. 2d 1 \*\*\* | 2005 U.S. LEXIS 2200 \*\*\*\* | 73 U.S.L.W. 4153 | 18 Fla. L. Weekly Fed. S 131

DONALD P. ROPER, SUPERINTENDENT, POTOSI CORRECTIONAL CENTER, Petitioner v. CHRISTOPHER SIMMONS

Prior History: [\*\*\*\*1]

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF MISSOURI.

State ex rel. Simmons v. Roper, 112 S.W.3d 397, 2003 Mo. LEXIS 123 (Mo., 2003)

Disposition:  
Affirmed.

Core Terms death penalty, juveniles, offenders, capital punishment, mentally retarded, adults, murder, maturity, youth, plurality opinion, executions, minimum age, culpability, sentencing, cases, juvenile offender, proportionality, decisions, juries, Rights, legislatures, categorical, mitigating, countries, decency, death sentence, individuals, views, objective evidence, jurors

Case Summary

Procedural Posture

Respondent juvenile committed murder at the age of 17. He was tried and sentenced to dea-

th. He filed a petition for state postconviction relief, arguing that the reasoning forbidding the execution of mentally retarded persons established that U.S. Const. amend. VIII also prohibited the execution of a juvenile who was under 18 when the crime was committed. The Missouri Supreme Court agreed. Certiorari was granted.

Overview

The Court began with a review of objective indicia of consensus on juvenile capital punishment, as expressed by the enactments of legislatures that had addressed the question. Thirty states had prohibited the juvenile death penalty: 12 that had rejected the death penalty altogether and 18 that had maintained it but, by express provision or judicial interpretation, excluded juveniles from its reach. The Court noted that even in the 20 states without a formal prohibition on executing juveniles, the practice was infrequent. The Court held that this provided sufficient evidence that American society viewed juveniles as categorically less culpable than the average criminal and went on to provide three reasons: (1) the lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility were found in youth more often than in adults and were more understandable among the young; (2) juveniles were more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure; and (3) the character of a juvenile was not as well formed as that of an adult. The Court held that the Eighth Amendment forbids the imposition of the death penalty on juvenile offenders under 18.

Outcome

The judgment setting aside the sentence of death imposed upon the respondent was affirmed.

### 4.2.2. SOUTH AFRICA

The North Gauteng High Court in South Africa recently found that it was not necessary to appoint a curator ad litem for litigation on behalf of a child where the child has a family

member as a caregiver and that such a family is empowered to instruct an attorney to pursue a claim against the Road Accident Fund, which is the insurance fund for road accident against which claims can be lodged for loss of parents. This was in the case of Ex Parte T Molantoa obo O Moloantoa and other Applicants where various applicants sought to appoint curators ad litem for purposes of litigation despite the fact that the litigation had already advanced on instruction of the family members of the children. The Court found that:

- an adult caregiver who is a family member of a child is competent to assist the child with his or her claim against the Road Accident Fund

- the fact that the child's caregiver is a family member other than a biological parent is no ground on its own for the appointment of a curator, nor is the fact that the caregiver is poor or ill-educated.

The Court remarked as follows:

*“Section 32 (1) of the Children’s Act 38 of 2005 provides that a person who voluntarily cares for a child must safeguard the child’s health, well-being and development. In matters concerning a child, the child’s interests are paramount. It must surely have been present to the collective mind of the legislature that the nuclear family (i.e. biological mother + biological father + biological children) was and is by no means the universal norm in this country. Why would the legislature impose a purely bureaucratic obstacle in the path of the vindication of children’s rights? I can see nothing in the scheme of the Children’s Act or its purposes which will be retarded if s 32 is interpreted to permit a child’s caregiver to assist the child in an action against the Fund. An interpretation which recognises such a competence on the part of caregiver will advance the purposes of the Act.*

This is a welcome development as it is line with the lived realities of a majority of children in South Africa who are in care of extended family or kin. The judgment is available at <http://www.centreforchildlaw.co.za/images/files/>

ourcases/2018.09.26\_raf%20judgment.pdf

## 5. BOOK REVIEWS

BELOFF, Mary, *Derechos del niño. Su protección especial en el sistema interamericano* (Child rights. The right to special protection in the Inter-American system. Systematic analysis of fundamental rulings, Buenos Aires, Ad Hoc, 2018

by Mariano Kierszenbaum and Martignano Terragni



I. Modern Latin American States build their legal systems on, at least, three regulatory levels: i. the rules of ordinary domestic law, ii. Constitutional provisions, and iii. International law. While the ultimate interpretation of the first level is generally in charge of ordinary courts, the second one is usually analyzed by higher national courts, and the third, by treaty monitoring Courts or agencies.

Much has been discussed about the importance of the interpretation of international Courts and treaty bodies, regarding international law regulations as being compulsory (or not) for local courts. Beyond certain swings, in our region there is an extended belief that the conventio-

nal regulations that emerge from the American Convention on Human Rights cannot be applied without taking into account what has been said about them by the Inter American Court on Human Rights (IAHR Court).

On that basis, the knowledge of the rulings and of their most significant doctrine constitutes an obligation for legal and judicial agents all over the region. Nonetheless, the task of studying the complete body of legal precedents, regarding each topic in particular, may turn out to be a complex and difficult task, to the extent that the resolution of each case would demand an extensive search that the legal agent may not always be able to do due to the lack of resources.

In addition, there is a strong tradition in the IAHR Court jurisprudence referred to the determination of the scope of the rights of certain vulnerable groups, specially girls, boys and adolescents. The knowledge of that vast jurisprudence is only available to an expert, so that would imply that judges should become experts. However, it is impossible that every judge intervening in a case that involves a child is specialized in children's rights, and that is not due to a defect of the legal organization, but in the fact that any case, of any jurisdiction, might involve to some extent the interest of a child.

Therefore, a systematic analysis, grouped by topic, with full references to jurisprudence (the European one included) as well as the rules and the doctrine, becomes an essential instrument for anybody interested in dealing with the legal aspects of childhood and therefore, an indispensable work of legal scholarship. By all means, Prof. Mary Beloff's new book "Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano" (Hammurabi, Buenos Aires, 2018) exceeds such expectations.

II. The book is composed of seven chapters. The first one, named "The right of the child to special protection" analyzes the regulatory body that constitutes the international law on the rights of the child, including both its precedents and current debates. In particular, the chapter studies complex problems regar-

ding the scope and the structure of the rights of the child and points out the tensions existing between the rights to freedom and the right to protective measures.

These tensions appear to be very stressed in the field of juvenile justice. On the subject, the author notes that according to the IAHR Court ensuring dignified life conditions includes to keep children off crime and violence through both prevention of juvenile crime and crimes involving child. Hence, even in such an area, where the rights to freedom seem to prevail, the duty of the State to protect still exists. In this respect, art. 19 of the American Convention clearly recognizes a special protection status for children that implies additional obligations for the States, the family and society as a whole.

Prof. Beloff states that the essence of this special or reinforced protection lies in that childhood is considered a stage of life in which individuals are in a situation of higher vulnerability, thus requiring attention, care and special help from adults.

Chapter 2, "The Latin American translation of the corpus juris of protection of children's human rights", critically characterizes the distinctive way in which the Convention on the Rights of the Child impacted in the Latin-American region. The author particularly points out two forms of reductionism: a legal one and a penal one; legal because the impact of the Convention in the region prioritized legal reforms above changes and developments of the institutional framework; and penal since the reforms concentrated mostly on passing new laws on juvenile penal responsibility rather than on aspects related to child protection and its implementation by the States. Likewise, the author notes that in the region the Convention on the Rights of the Child was seen as a radical rupture from current policy, whereas in fact it should be seen as a continuity and deepening of a protection matrix that international law had already recognized in previous treaties, conventions and declarations, not only referred to the children in particular, but also to all persons in general.

Consequently, the author claims that if the current rhetoric of the rights of the child is to be bridged and the objective is to impact satisfactorily in the reality of Latin American children, the legal-penal reductionist approach of the “Latin American translation” of the corpus juris must be replaced. To that effect, she states that the participation of professionals from different disciplines trained in social intervention (named “pedagogia” in Portuguese) is fundamental in the definition and development of the contents of the rights of the children to their special protection, either draft and establish public policy or to define the scope and characteristics of a legally issued intervention. Ultimately, the author suggests relinquishing the hegemony of the legal knowledge and, instead, consolidating an interdisciplinary approach composed of several types of knowledge which are complementary amongst themselves.

The following chapter, Chapter 3: “Regulations on Children’s rights to special protection in the provisions of the Inter-American system”, deals with art. 19 of the American Convention on Human Rights and the scope given to it by the IAHR Court. In particular, it approaches special protective measures and the concept of “child”.

Chapter 4, “Contentious Decisions of the Inter-American system on art. 19 of the American Convention on Human Rights”, carries out a complete compilation and accurate analysis of all the contentious cases related to the topic. For the sake of a better presentation, the author groups the different cases under thematic criteria, including: a) cases that involve individual infringements (such as cases involving institutional violence –both in urban settings and summary executions –, juvenile justice, discrimination of migrants or refugees, gender violence, indigenous communities, discrimination in the context of family relationships, right to health and special needs); b) cases of massive infringements of human rights (including forced disappearances and violence against communities); c) cases with child victims where the State was found in breach of the Convention but the content of Art. 19 was not analyzed; and d) cases with child victims where art. 19 of

the Convention was analyzed but States were not attributed responsibility due to procedural reasons.

Chapter 5, titled “Interim measures issued by the IAHR Court in cases regarding children”, mentions and analyzes three measures related to juvenile justice that were adopted by the IAHR Court, regarding conditions for imprisonment, and the right of the child to a family, in a case of adoption.

In this section, it is possible to appreciate the uneven number between the resolution of contentious cases and interim measures; the latter being scarcely imposed. This is very different from the situation in domestic legal systems, where the use of precautionary measures regarding children, many times surpasses substantive decisions.

The following chapter, “Advisory Opinions of the ICDH related to the rights of the child”, addresses the Advisory Opinions N° 17, referred to the juridical condition and human rights of the Child, and N° 21, on the rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. The author highlights the significant impact that AO N° 17 has had in the later jurisprudence of the IAHR Court when defining, among other issues, the concept of “child”, the best interest of the child, and the required features of legal and administrative procedures in which children take part. Regarding the AO N° 21, the author analyzes the articulation of the American Convention with other instruments of regional international law. That relationship is examined in two levels: a) regarding the protection of any migrant person, and b) regarding the protection of migrant children.

In Chapter 7, titled “Assessment and prospects of the use of the Inter American system in the protection of the children’s human rights”, the author points out the importance that paragraph 144 from the vote of the majority in the case “Villagrán Morales” had for the development of the Latin-American corpus juris on protection of the rights of the child. This rule, related to the right to life, has had an unusual potentiality

in all the ulterior decisions of the Inter-American System. According to the author, “the jurisprudence of the IAHR Court has resigned to the original intention claimed by several petitioners, of granting a general theoretical content to the ‘protective measures’ provided for in art. 19, as well as the “best interest of the child”. Instead, the concepts of protective measures and the best interest of the child are built on a case-to-case basis, taking into account the different forms of infringement of human rights.

After analyzing all the contentious, advisory and interim decisions in which the IAHR Court has expressed itself on the scope of the right of the children to special protective measures, the author answers the question about whether the use of the Inter-American system has been useful to advance the recognition and guarantee of the rights of boys and girls in the continent.

She reflects on the specificities of strategic decisions that judicial officials in the legal system must make, in order to assess bringing a case before the Inter-American system. Thus, she points out as relevant issues to consider both the lengthy procedure of the system, as well as the possible overexposure of children in international litigation.

Ultimately, the author highlights that it is fundamental to reflect on what is the objective of litigating a case before the Inter-American system, since the strategies and actions to be implemented will differ according to the expectations from such a supranational system of justice.

The author, supported by her long and prolific career in processes of design and implementation of juvenile justice and protection systems in the last quarter of a century all over Latin America, concludes that “(...) a comprehensive reading of the treaties (...) like the one done by the IAHR Court in all its decisions related to art. 19, makes it possible to see the need for the State to transcend its role of mere guarantor of rights to freedom or defense, and advance on concrete social policies on groups that require special protection. (...) the treaties au-

thorize a tinge of justified paternalism towards children [but] do not establish its content and limits, how it is to be implemented or which State power (judicial or administrative) is responsible of carrying it out. (...) the future of the Inter-American system as an efficient institutional arrangement to guarantee all the rights of the Latin-American boys and girls lies in the right answer to all these questions.”

## 6. IAYFJM ACTIVITIES – NEWS FROM THE EXECUTIVE BOARD

Marta Pascual – IAYFJM’s president



Dear friends and colleagues,

In May I took over the presidency of the IAFMJ, exercised by Avril Calder who worked with dedication and effort during the four years of her term.

The International Congress in May at the Unesco Headquarters in Paris was an extraordinary event due to the level of the speakers, the re-

presentation of various countries and almost a thousand attendees that came from all the continents. It was a long process to finish, and the decision made about joining other NGOs making interests and topics compatible so as to combine efforts and cope with the high costs of the organization.

It was in that impeccable context that I received the hand of marble that the presidents of our Association get during their term. I have participated in IAFMJ for many years, and those who preceded me are a role model because of their fight in favor of the rights of children and youth. I am from Argentina where I have always lived and by looking at the world map, the country is located almost at the end of the world. I have always worked for juvenile justice or for other institutions that deal with infancy and juvenile issues. Since 2002, I have been part of the Judicial Criminal Court for youth that deals with the situation of minors under 18 years of age who have committed misdemeanors or felonies.

As I previously mentioned before the Council, my goals will be to get the highest number of colleagues to participate in the Association and that their works and ideas are recognized through it. It is necessary to bring in new members and National Associations to widen the network so as to know about the different ways of working with children and youth around the world. Technology will be another important issue because due to the IT advances, we will be able to hold distance meetings and be interconnected among the continents by just organizing a group conference and setting a time of communication.

The web page will feature a new format, and just by touching different buttons, we will provide members with access to decisions, new legislation, good practices, different ways in which justice deals with issues and incidents with inmates or meetings related to children and youth. The updating of the page will be done on a monthly basis and we want to add a brief film where practices or experiences are told in just 60 seconds with the One Minute Video system.

Gabriela Yuba, Family Judge from Ushuaia, Argentina, will be the one in charge of the web page and will receive the materials (gabrielayuba@hotmail.com).

Regarding the Chronicle, (Avril has devoted such long hours to it) it will be in charge of Eduardo Rezende Melo, Juvenile Judge in São Caetano do Sul -San Pablo, Brasil, who was a Secretary of the Asociación during Joseph Moyersoen's term and on this first edition, he will be responsible for the editorial, comments on the impression that has to be made in this journal.

During this four-year term, all the members of the Association will work on the issues before us and on those that interest us the most, also a Pre- World Congress has been planned in each continent until 2022, the first one being in June 2019 in Buenos Aires Argentina, in 2020 it will be held in Africa, in 2021 in Asia, ending in 2022 with the following International Congress.

These are my core ideas:

- Inter-institutional Dialog
- Making workgroups
- Building bridges among the NGOs
- Sharing good practices
- Fostering academic research

I hope to know about each and every member of the Association or the National Organizations, to learn about their institutional or personal work and together work for the children and youth so that their interests are taken into account by those who develop and plan infancy policies, working with passion in the achievement of those changes for a friendlier world for children and youth.

Sincerely,  
Marta Pascual

## 7. A REGIONAL PERSPECTIVE ON JUSTICE AND CHILDHOOD -NEWS FROM THE REGIONAL SECTIONS AND CONSULTATIVE BOARDS

The Regional Advisory Councils, though not formally provided for in our by-laws, represent not only an initiative to address issues that are mostly related to the members regarding their daily work, but also to their expectations concerning our Association.

Nevertheless, the Councils express a search for proximity of their members, allowing different levels of debate and deepening of the studies and practices that involve the rights of boys, girls and adolescents. Europe has taken the lead in creating its European section with really fruitful meetings and interesting results that show it is a path to be considered by the rest of the continents.

Thus, Councils are considered in a two-fold approach.

On the one hand, to encourage a space of reflection on the common challenges to the different countries and possibilities of mutual support of actions that guarantee the rights of childhood and the structural improvement of the System of Justice. Sharing common experiences with more regularity, the development of in-progress projects, and the organization of plural events are strategies with great impact on the way of reflecting on and in guaranteeing the rights of the boys, girls and adolescents in each region.

On the other hand, and more directly regarding this Chronicle, the Regional Advisory Councils will constitute a support group to the editorial council, suggesting topics for debates, names for the presentation of articles, sharing literature, experiences, projects and case laws. Above all, in the event of an international association of professionals of the System of Justice, as-

sociative life allows for a dialog between the international regulation and national and regional diversity lived by each of us, and mostly by the children in our countries. Regional Councils shall surely provide a more complex, interesting and diverse view to the Chronicle, and thus, to all members.

As the Chronicle Editor-in chief, I have sent a message to all members in each country, inviting them to form a regional council of its continent on behalf of their country. If you have not received the message and are interested in joining this collective initiative, I beg you to get in touch and propose your name to represent your country.

It is with great pleasure that I present the names of the persons that form the Councils at present, I deeply thank their disposition for associative life and collaboration with this Chronicle.

### AFRICA

Cabo Verde (Cape Verde) - Angela Rodrigues  
Guinée (Guinea) Sylla Nifali  
Kenya - Christine Njagi  
Senegal - Mame Ngor  
South Africa - Karabo Ozah  
Tunisia - Essafi Monia

### NORTH AMERICA

Canada: Lise Gagnon  
United States: Leonard Edwards. Dave Stucki

### LATIN AMERICA

Argentina: Gabriela Yuba  
Brazil: Hugo Zaher  
Chile: Claudia Miranda  
Mexico: Yessenia Salazar  
Paraguay: Nilsa Sarquís  
Peru: Jean Smith, Olga Dominguez Jara and Doris Rodriguez

### ASIA

Bangladesh: Mohammad Deloar Hossain  
India: Madan Lokur; Nikhil Roy, Nadira Patherya  
Japan:

### EUROPE

Margreeth Dam (Netherlands) – President of

the European section

Aline Grünwald (Germany) – co-president of the European section

## MIDDLE EAST

Jordan: Siyma Barkin Kuzmin

SOUTH PACIFIC (OCEANIA)

In progress with the temporary support of Judge Andrew Becroft, from New Zealand.

## 7.1. NORTH AMERICA

NEWS from CANADA

Cannabis Legalization Act

<https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/cannabis/>

On October 17, 2018, Canada has become the second country to legalize possession of cannabis across its territory. With the adoption of the Cannabis Act, the Canadian Government aims to protect public health and safety and prevent illegal activities related to cannabis. The Act also aims to protect young people's health by restricting their access to cannabis.

Although now legal, activities related to consumption, sale and production of cannabis are subject to a strict regulation, which varies from one province to another. For instance, concerning youth, federal legislation allows possession of 5 g or less of cannabis, but some provinces adopted specific laws prohibiting minors from having this substance.

In the coming months and years, it will be particularly interesting to assess the cannabis legalization's impact on consumers' habits. Far from reaching consensus among the population and the elected representatives, the fact remains that the different measures adopted on cannabis will continue to be widely discussed.

Francis Parent-Mailloux, Lawyer at the Court of Quebec's Research Department

## 7.2. News from Latin America

Gabriela Yuba - Argentina

The creation of the Latin-American Regional Council within the IAYFJM entails a great challenge.

Not only because of the contribution of the doctrine, case-law and local practices, but also due to the synergy that the exchange of different realities generates, being the construction of a new identity essential.

Also, it is this regional identity that brings a sense with an approach to human rights to the IAYFJM, constituting a vital element that provides an integrating look in favour of the strengthening of the systems of justice for boys, girls and adolescents.

Taking into account the conclusions drawn from the last World Congress on Justice for boys, girls and adolescents, at the UNESCO Headquarters in Paris, held between May 28 and 30 in 2018, we aim towards "Justice WITH children", based on an approach of the rights of the child; increased participation of them and justice that is friendlier to their rights.

These goals force us to improve our practices and interventions towards childhood and adolescence, from the phase of prevention and the promotion of their rights.

Armed conflicts, climate change, human displacement, economic crisis, terrorism, the influence of technologies and digital mass media impact on society, especially on vulnerable sectors such as infancy and adolescence, ask for a new look and the resignification of our actions as an Association.

Today we are part of a globalized world where issues are common and answers must be coordinated and interrelated. The best interest of boys, girls and adolescents, such as family protection and the promotion of human rights of the most vulnerable subjects, knows no boundaries: it is a global obligation that has to do with human dignity and calls for joint efforts and work.

The implementation of the Latin-American Regional Council is an affirmative action oriented

to effective protection and promotion of the rights of childhood and adolescence. It requires a commitment in the building of a human rights culture and a regional approach that will provide efficient tools for the analysis and approach of a reality that becomes more and more complex and severely impacts on children's rights.

I welcome the creation of this Latin-American Regional Council and share with my colleagues and members of the Association, an essential driving force in the organizational dynamics, the enthusiasm and commitment to realize the protection of the best interest of the child and the true empowerment of boys, girls and adolescents as subjects of rights.

### 7.3. IAYFJM European Chapter

Daniel Pical - France

Following the IAYFJM Congress in Tunisia in 2010, the IAYFJM European Chapter was created. It is open to magistrates of all countries of the Council of Europe.

Since then, an IAYFJM European Chapter meeting has been held in a different country every year (2010: Italy; 2011: France; 2012: Belgium; 2013: Switzerland; 2014: Belgium; 2015: France; 2016: United Kingdom; 2017: Netherlands; 2018: France). For every meeting, a questionnaire related to the theme chosen for the meeting was sent to the colleagues of each country prior to it. For example, in 2017, the theme chosen was: "The ordinary treatment, innovative experiences and good practices concerning minors deprived of their liberty before and after penal trial". In 2018, taking advantage of the World Congress held in Paris and of the French Association of Youth and Family Magistrates conference on 31 May 2018 about "Detention of minors in criminal, care and protection cases: an international comparative approach", the IAYFJM European Chapter tackled the Directive (EU) 2016/800 of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings.

## 8. Agenda for upcoming events

### 8.1. NCJFCJ's 82nd Annual Conference

American NATIONAL COUNCIL OF JUVENILE AND FAMILY COURT JUDGES

NCJFCJ 82nd Annual Conference

July 28, 2019 to July 31, 2019

Orlando, Florida

Omni Orlando Resort at Championsgate

NCJFCJ 82nd Annual Conference will feature amazing presentations on current and cutting edge topics that will inspire, provoke, and precipitate discussions about issues facing the juvenile and family court system. Plenary sessions highlighted by topic specific training tracks on family law, juvenile justice, child welfare, and family violence; as well as tracks featuring practical and innovative solutions are just the beginning of the educational offerings of the NCJFCJ's 82nd Annual Conference

For further information and registration, please check: <https://www.ncjfcj.org/82nd-annual-conference>

### 8.2. The Children's Rights Moot Court Competition at Leiden University The Children's Rights Moot Court Competition at Leiden University

The Children's Rights Moot Court Competition (CRM) is an event organized by the Department of Child Law and the Grotius Centre for International Legal Studies of Leiden Law School, Leiden University, The Netherlands, to enhance children's rights worldwide. Students and professionals from all over the world flock to this highly topical event to discuss current pressing children's rights issues in the arena of Leiden Law School. This article illustrates its charac-

teristics and ways to become involved, should your interest be sparked.

#### Its origins

Even though since the CRC came into being children are theoretically recognized as rights-bearers, the reality on the ground is not always in line with this legal reality. Therefore, in 2012 the UNICEF Chair of Children's Rights (UNICEF Chair) was established to gather and disseminate knowledge about children's rights, as it is believed that knowledge of children's rights will assist in the legal empowerment of children.

The CRM was initiated by Leiden Law School in 2014 at the occasion of the twenty-fifth Anniversary of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). The event fits in the mission of the UNICEF Chair to advance children's rights through education and research.

The CRM not only educates the participating teams in pleading a complex case, related to this complex area of law (which intersects with other legal fields and relates to many societal challenges affecting children and their families across the globe) before an international body, it also raises awareness among everyone connected to Leiden Law School (within the faculty and far beyond) for the rights of the child in a specific context.

*"To us, this moot court was such a valuable experience in many ways. Both in a personal as in an academic way. We were able to train our pleading and writing skills. We got more familiar with researching different levels of legislation. We learned so much of the overall experience. We also really liked the case because it was so relevant to the actual problems this world is facing. In the meanwhile, we had the opportunity to meet new and interesting people from all over the world."*

- Participant CRM 2017

#### Its structure

The CRM is a biannual three-day international competition for law students with a keen interest in international children's rights. Third-year

bachelor and/or master students in law from all countries are eligible. The two previous editions of the moot court (in 2014 and 2017) attracted students from all over the world, ranging from South-Africa to Ireland.

A fictitious complaints procedure is the clinical tool to train law students through two crucial phases of the complaints procedure: the writing of legal arguments (Memorials) for the Applicant (a child or group of children) and Respondent (a state), and the pleading of oral arguments based upon these Memorials. The words that are written and pleaded will be the result of team work, often a necessity in any legal career. The CRM provides participating teams thus with a challenging opportunity to train the skills they need to qualify themselves for an (international) legal career.

#### A hub for professionals

Although the goal of the CRM is primarily educational, the event also creates a hub for professionals working in the field of children's rights. The Panel of Evaluation that is tasked with evaluating the Memorials and/or pleadings consists of experts from all over world, working on a daily basis with children's rights as a judge, advocate, researcher or otherwise. The previous sequels of the CRM proved that professionals are eager to become a member of the Panel of Evaluation as it creates a welcome opportunity for them to meet peers from other countries in their field of law. The CRM is a hub for academic discussion. At the third day of the CRM, a small conference will take place to create a platform for presentations by the members of the Panel of Evaluation about research they are conducting and discussion related thereto. The CRM is thus also a social event. Participants, visitors and members of the Panel of Evaluation will be able to build their network, as they will meet other participants from all over the world at social gatherings during the event.

#### The case

The case that has to be pleaded at the CRM always revolves around a current pressing

children's rights issue in need of an evaluation from a children's rights perspective. At the first competition in 2014, 15 student-teams from 9 different countries pleaded a case concerning the protection of children across jurisdictions, in contexts of conflict and under "emergency" regimes. The second CRM edition followed in March 2017 and concerned the detention of an asylum-seeking mother and her child. During the next sequel, from 3 to 5 April 2019, participants will be tested whether they can apply the CRC in a case where the state has historically had a limited sphere of influence.

#### Become involved

If you would like to stay connected and give your support to act as a judge, reviewer or coach in the next editions, please do not hesitate to contact us. Visit our website for more information.

### 8.3. Open for Applications: Master of Laws (LL.M) – Advanced Studies in International Children's Rights – Leiden University

The Department of Child Law is now welcoming applications for the upcoming academic year 2019-2020 of the LL.M. programme Advanced Studies in International Children's Rights at Leiden Law School (Leiden University) (the Netherlands), starting in September 2019. The programme is a small-scale international programme that provides in-depth specialization and teaches students on how to respond to the increasing international, regional and national legal developments in relation to children. The programme is fit for legal professionals and graduates from all over the world, with a full law degree (offering access to legal practice) or with a degree at an equivalent level in another discipline with a sufficient background in or understanding of law. The deadline for application is 1 April 2019 for non-EU students and 15 June 2019 for EU students. Read our latest newsletter [here](#) and visit our [Facebook-page](#).

### 8.4: IAYFJM's pre world congress and Latin American meeting.

Date: June the 6th and the 7th

Place: Law Faculty, University of Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

As a continuous preparatory action for IAFJM's World Congress, which will take place in 2022, the Executive Board has decided to organize, jointly to its annual meeting, a pre world congress, each year in one continent, and, at the same time, an IAYFJM regional meeting. In 2020, the pre congress and the regional meeting will take place in Africa and in 2021 probably either in Middle East or in Asia. Program and inscriptions procedures will be informed soon, per email.

## 9. TREASURER'S COLUMN

Call for Subscription payments 2019

The General Assembly in Paris in May 2018 has agreed to adapt the annual subscriptions after 8 years. It is now: GBP 45; Euros 50; CHF 60 for the year 2019 for individual members.

May I take this opportunity to remind you of the ways in which you may pay:

1. by going to the website of the IAYFJM—click on membership then subscribe to pay online, using PayPal. PayPal will do the conversion to GBP;

2. directly to the following bank accounts:  
GBP: to Barclays Bank, Sortcode 204673,  
SWIFTBIC BRCGB22, IBAN GB15 BARC 2046  
7313 8397 45, Account Nr. 13839745

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

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

If you need further guidance, please do not hesitate to email me ([treasurer@aimjf.org](mailto:treasurer@aimjf.org)).

It is, of course, always possible to pay in cash if you should meet any member of the Executive Committee.

Without your subscription it would not be possible to produce this publication.

Thank you very much in advance!

Anne-Catherine Hatt, Treasurer AIMJ

## 10. Contact Corner

IAYFJM Child Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>
Child Rights Connect	A global child rights network connecting the daily lives of children to the UN. Press release: Children can now seek justice through the UN	<a href="#">Find it here</a>
CRIN	Website	<a href="#">Find it here</a>
The Child Rights	Email	<a href="mailto:info@crin.org">info@crin.org</a>
Information Network	<a href="https://www.crin.org/en/home/what-we-do/">https://www.crin.org/en/home/what-we-do/</a>	<a href="#">Find it here</a>
Defence for Children International	Website	<a href="#">Find it here</a>
European Schoolnet	Transforming education in Europe Skype e.milovidov Contact <a href="mailto:elizabeth.milovidov@eun.org">elizabeth.milovidov@eun.org</a> ENABLE project information	<a href="#">Find it here</a>
IDE International Institute for the Rights of the Child	Website  <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/916-parents-children-and-the-proof-of-the-swiss-prison</a> <a href="http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity">http://www.childsrights.org/en/news/editorials/906-parental-abduction-a-breach-of-the-child-s-integrity</a>	<a href="#">Find it here</a>
	Contact	<a href="#">Find it here</a>
IJJO International Juvenile Justice Observatory	Website Newsletter <a href="http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-ijj">http://www.oijj.org/en/european-research-on-restorative-ijj</a>	<a href="#">Find it here</a> <a href="#">Find it here</a>
OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights	Website	<a href="#">Find it here</a>

PRI Penal Reform International	PRI is an international non-governmental organisation working on penal and criminal justice reform worldwide. PRI has regional programmes in the Middle East and North Africa, Central and Eastern Europe, Central Asia and the South Caucasus. To receive the Penal Reform International (PRI) monthly newsletter, please sign up at <a href="#">find it here</a>	<a href="#">Find it here</a>  <a href="#">Find it here</a>
Ratify OP3 CRC	Campaign for the ratification of the OP3:	<a href="#">Find it here</a>
TdH	Website	<a href="#">Find it here</a>
Fondation Terre des Hommes	Newsletter	<a href="#">Find it here</a>
UNICEF	Website	<a href="#">Find it here</a>
Washington College of Law,- Academy on Human Rights and Humanitarian Law	<a href="http://www.wcl.american.edu/">http://www.wcl.american.edu/</a>	

## 11. CHRONICLE – IA-FJM’S VOICE AND ITS EDITORIAL BOARD

The Chronicle is the voice of the Association. It is published bi-annually in the three official languages of the Association—English, French and Spanish. The aim of the Editorial Board has been to develop the Chronicle into a forum of debate amongst those concerned with child and family issues, in the area of civil law concerning children and families, and juvenile justice throughout the world.

As an expression of IAYJFM large representation in the world, with members in more than 60 countries, the Chronicle is an important portrait of the diversity of practices around the world to grant children’s rights, to improve the Judicial System in this field, always concerned with a deeper understanding of the rights of the child.

With the support of all members of the Association and their connections to research being undertaken in their own country into issues concerning children and families, or the preparation of new legislation, a great network has been built up for publication in forthcoming issues. All these contributors provide us with articles, new and good practices, bibliography reviews, case law and comments on new legislation.

Besides articles focusing general topics, each edition will have a space to develop a comparative analysis on a subject proposed by the Editorial Board, the Regional Consultative Council or any member.

Contributions from all readers are welcome. Articles for publication must be submitted in English, French or Spanish. Although the Editorial Board undertakes to have articles translated into all three languages—it would obviously be a great help if contributors could supply translations.

Articles should, preferably, be 2000 - 3000

words in length. Comments on those articles already published are also welcome. Articles and comments should be sent directly to the Editor-in-Chief in the following email ([chronicle@aimjf.org](mailto:chronicle@aimjf.org)). However, if this is not convenient, articles may be sent to any member of the editorial board at the e-mail addresses listed below, to whom we express our gratitude and recognition for its valued contribution to our Association.

**Aleksandra Deanoska – Macedonia**  
([aleksandra\\_deanoska@yahoo.com](mailto:aleksandra_deanoska@yahoo.com))

**Andrew Becroft – New Zealand**  
([a.becroft@occ.org.nz](mailto:a.becroft@occ.org.nz))

**Gabriela Ureta – Chile**  
([gureta@vtr.net](mailto:gureta@vtr.net))

**Jean Trépanier – Canada**  
([jean.trepanier.2@umontreal.ca](mailto:jean.trepanier.2@umontreal.ca))

**Julia Sloth-Nielsen – South Africa**  
([jsloth-nielsen@uwc.ac.za](mailto:jsloth-nielsen@uwc.ac.za))

**Leonard Edwards – USA**  
([judgeleonardedwards@gmail.com](mailto:judgeleonardedwards@gmail.com))

**Madan Lokur – Indis**  
([madanlokur@gmail.com](mailto:madanlokur@gmail.com))

**Magdalena Arczewska – Poland**  
([Magdalena.arczewska@uw.edu.pl](mailto:Magdalena.arczewska@uw.edu.pl))

**Mary Beloff – Argentina**  
([mabeloff@retina.ar](mailto:mabeloff@retina.ar))

**Nadira Patherya – India**  
([patherya@gmail.com](mailto:patherya@gmail.com))

**Taghreed Jaber – Jordan**  
([tjaber@penalreform.org](mailto:tjaber@penalreform.org))

**Viviane Primeau – Canada**  
([viviane.primeau@judex.qc.ca](mailto:viviane.primeau@judex.qc.ca))