

sur

revista internacional
de derechos humanos

6

2007
Número 6 • Año 4
Edición en Español

● **Upendra Baxi**

El Estado de Derecho en la India

● **Oscar Vilhena Vieira**

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

● **Rodrigo Uprimny Yepes**

La judicialización de la política en Colombia:
casos, potencialidades y riesgos

● **Laura C. Pautassi**

¿Igualdad en la desigualdad?
Alcances y límites de las acciones afirmativas

● **Gert Jonker y Rika Swanzen**

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que
atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

● **Sergio Branco**

La ley de autor brasileña como elemento de restricción
a la eficacia del derecho humano a la educación

● **Thomas W. Pogge**

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



RED UNIVERSITARIA
DE DERECHOS HUMANOS

SUR

Un proyecto de Conectas Derechos Humanos

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.surjournal.org>

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Daniela Ikawa

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Catharina Nakashima, Isamar Escalona,

Miriam Osuna y Thiago Amparo

DISTRIBUCIÓN

Catharina Nakashima

IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.surjournal.org>

Esta publicación recibió apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia.

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa ligada a Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna

Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam

Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher

Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva

Jurisdicción Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas

Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro University

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic

Conectas Derechos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Herminia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez

Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo

Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis

Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira

Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich

Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

PRESENTACIÓN



El sexto número de la Revista Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos – tiene un significado especial para nosotros, ya que refleja los primeros resultados de un proyecto de investigación conjunta, desarrollado por nuestra Red. En junio de 2006, la Revista Sur inició una investigación sobre “La justiciabilidad de los Derechos Humanos: India, Brasil y Sudáfrica”, con el objetivo de comparar la implementación de los derechos humanos y constitucionales por las Cortes Supremas de esos tres países.

India, Brasil y Sudáfrica tienen muchas características en común. Estos tres países gozan de sistemas democráticos relativamente estables y ocupan posiciones claves en sus respectivas regiones, tanto en el ámbito político como en el económico. También comparten problemas comunes, específicamente el desafío de superar la pobreza, la discriminación y la desigualdad, así como las dificultades de promover el acceso igualitario a la justicia, a la educación, a la salud y a programas de vivienda. En ese sentido, estos países tienen el desafío de consolidar el Estado de Derecho y sus instituciones democráticas como instrumentos para la realización de los derechos humanos para todas las personas, conforme a lo exigido en sus propias Constituciones y lo pautado en los Tratados Internacionales por ellos ratificados.

El objetivo de esta investigación es entender el papel de las Cortes Constitucionales en los tres países en la promoción y protección de los derechos humanos. El estudio también considera el papel de la sociedad civil y de las organizaciones de interés público en su actuación ante el sistema jurídico.

En este número incluimos dos artículos que reflejan un diálogo inicial entre el grupo de investigadores de este tema, uno escrito por el Profesor Upendra Baxi, responsable de la investigación en la India y otro elaborado por el Profesor Oscar Vilhena Vieira, coordinador del proyecto y responsable de la investigación en Brasil. También incorporamos un artículo de Rodrigo Uprimny, quien coopera con el proyecto,

donde refleja algunos aspectos de la judicialización de la política en Colombia.

Estamos convencidos de que compartir conocimientos y establecer acuerdos en investigaciones son instrumentos muy eficientes e importantes para la creación de una comunidad intelectual más fuerte en el Sur Global. Los pasos iniciales de esta investigación nos confirman esa percepción. A través de la investigación conjunta, se van construyendo lazos fuertes entre los profesores; se identifican nuevas ideas y oportunidades de trabajo compartido.

En este número de la Revista Sur también se analiza el derecho de las mujeres en América Latina y de niños/as en África del Sur. El artículo de Laura Pautassi presenta varias acciones desarrolladas en América Latina en aras de asegurar la igualdad entre mujeres y hombres, con especial atención en la responsabilidad del Estado en las regulaciones laborales. Otro artículo elaborado por Gert Jonker y Rika Swanzen presenta la experiencia de los servicios de intermediación para niños/as testigos en casos judiciales en los suburbios de Johannesburgo.

El artículo de Sergio Branco es fruto de su ponencia, presentada en el VI Coloquio Internacional de Derechos Humanos (nov. 2006) sobre el impacto de la regularización de los derechos de autor en los derechos humanos, en el contexto brasileño. Analiza cómo la actual estructura de derechos de autor y el uso impropio de la tecnología crean serios riesgos para la realización del derecho humano a la educación.

En otro orden, el artículo de Thomas Pogge focaliza la discusión acerca de la desigualdad entre el Norte y el Sur. Argumenta que la actual apropiación de la riqueza en nuestro planeta es muy desigual y señala tres razones para la injusticia: el efecto de las instituciones sociales compartidas, la exclusión no compensada del uso de los recursos naturales y las consecuencias de una historia común y violenta. El objetivo del autor es mostrar que tal vez sea posible reunir partidarios de corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental en una coalición surgida para la erradicación de la pobreza mundial, mediante la introducción de un Dividendo de los Recursos Globales o DRG.

Agradecemos a los profesores y colaboradores por su contribución en la selección de los artículos para este número de la revista: Ann Skelton, Alejandro Garro, Fateh Azzam, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Glenda Mezarobba, J. Paul Martin, Jeremy Sarkin, Juan Amaya Castro, Lorena Frías, Maria Herminia Tavares de Almeida, Roberto Garretón, Thami Ngwenya y Vinodh Jaichand.

Finalmente, anunciamos que la próxima edición de la Revista SUR será un número especial sobre justicia transicional, y que va a ser publicada en colaboración con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, sigla en inglés).

CONTENIDOS

UPENDRA BAXI	7	El Estado de Derecho en la India
OSCAR VILHENA VIEIRA	29	La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho
RODRIGO UPRIMNY YEPES	53	La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos
LAURA C. PAUTASSI	71	¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas
GERT JONKER Y RIKA SWANZEN	97	Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos
SERGIO BRANCO	123	La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación
THOMAS W. POGGE	145	Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



GERT JONKER

Fundador y Presidente de la Junta Directiva del Child in Crisis Trust. Especialista en abuso infantil ante la Unidad de Protección al Menor del Servicio de Policía Sudafricana. Miembro fundador de la Alianza de Niños de la Calle (Alliance for Street Children - ASC) – una organización no gubernamental que provee de cuidados especializados a los niños y niñas de la calle. Miembro de la Asociación Criminológica de Sudáfrica (CRIMSA), de la Asociación de Policía Internacional (IPA), del Instituto de Estudios sobre la Seguridad (ISS) y de la Asociación Nacional de Cuidadores de Niños y Niñas (NACCW).



RIKA SWANZEN

Empezó su carrera como asistente social junto a Child Welfare Krugersdorp en 1997 y en 1999 obtuvo su Master con honores. De 1998 a 2000 formó parte del equipo multidisciplinario de cuidadores adolescentes en el hospital psiquiátrico Sterkfontein. En 2001 el Bethany House Trust la contrató como su primera Gerente de Programas Terapéuticos. Obtuvo su doctorado en 2006.

Dirección: The Bethany House Trust PO Box 6, Paardekraal, 1752, Sudáfrica

Email: gertjonker@childincrisis.org.za, rika@childincrisis.org.za

RESUMEN

Los esfuerzos por reducir el trauma en un sistema judicial contradictorio se ven complicados por la discusión acerca de que un juicio por abuso sexual no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta los derechos del supuesto perpetrador. El interrogatorio de un testigo menor de edad es una tarea muy especializada, que ni fiscales ni defensores están preparados para realizar. Por eso, es importante la presencia de los servicios de mediación para los testigos menores de edad ante los tribunales, para reducir el trauma experimentado por el niño. Este artículo aspira a destacar que los crímenes contra los niños y niñas y los procedimientos penales subsiguientes en los que el niño debe atestiguar son lo suficientemente frecuentes como para requerir los servicios de mediación para todos los testigos menores de edad. Se señalarán las implicancias prácticas para mejorar el proceso de mediación actual, en un nivel regional, provincial y nacional.

Original en Inglés. Traducido por Alex Ferrara.

PALABRAS CLAVES

Testigo infantil – Derechos de los niños y niñas – Sistema de mediación – Prevención – Asistencia a las víctimas – Juicios – Violencia sexual – Proceso Judicial – Violencia familiar



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

SERVICIOS DE MEDIACIÓN PARA LOS TESTIGOS MENORES DE EDAD QUE ATESTIGUAN ANTE TRIBUNALES PENALES SUDAFRICANOS

Gert Jonker y Rika Swanzen

Introducción

Según Coughlan y Jarman¹ el propósito de los servicios de mediación para testigos menores de edad es reducir el trauma que experimentan los niños y las niñas. Sin embargo, los esfuerzos por reducir el trauma en un sistema judicial contradictorio se complican por el hecho de que un juicio por abuso sexual no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta los derechos del supuesto perpetrador. Sudáfrica hizo historia legal internacional (y de derechos humanos) al promulgar la Sección 170^a de la Ley de Procedimientos Penales N°51 de 1977, presentada a través de la Reforma a la Ley Penal 135 de 1991. Ella prevé la designación de un intermediario para niños y niñas en casos de abuso sexual debido a su juventud o vulnerabilidad emocional.²

Müller³ sostiene que al evaluar la competencia del niño como testigo, se deben considerar dos componentes. El primer requisito es su capacidad como testigo ocular, es decir, su capacidad para informar los detalles de un hecho observado precisa y completamente. Ello se relaciona con el desarrollo cognitivo del niño, considerando los factores que influyen sobre la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información. El segundo requisito es la voluntad del testigo de decir la verdad, o sea el aspecto motivacional. Si bien se comprende que la captación de la diferencia entre la verdad y la mentira es crucial al atestiguar, la competencia de los testigos menores de edad en este aspecto fue objeto de investigación por parte de la Comisión de Derecho Sudafricana en 2001. Después de evaluar la posición sudafricana, la comisión recomendó que un testigo no debe

Ver las notas del texto a partir de la página 120.

descalificarse si él o ella son incapaces de definir la diferencia entre decir la verdad y decir una mentira. Se propuso que todos los testigos se consideren competentes para atestiguar si pueden comprender las preguntas que se les formulan y pueden dar respuestas que el tribunal pueda comprender. La prueba propuesta se concentra en la capacidad cognitiva del niño. No hay mucha claridad, sin embargo, respecto de quién realizará tales evaluaciones ni de cómo se efectuarán.⁴

Por lo tanto, una descripción práctica del proceso de mediación y de su necesidad es la siguiente:

En Sudáfrica, hay un sistema de mediación que intenta reducir el trauma y el segundo abuso que a menudo experimentan los testigos oculares menores de edad en los juicios que involucran abuso [sexual]. Al separar al niño de la sala formal del tribunal y al permitir que un mediador transmita las preguntas y las respuestas al niño por medio de un circuito cerrado de televisión, se esperó que el acento de la experiencia para tales niños y niñas se viera reducido, conservando al mismo tiempo los derechos del acusado para la contra interrogación y para un juicio justo... La protección de los derechos de los niños y niñas es un principio universalmente aceptado que influye sobre el desarrollo de la política y de la práctica jurídica. Cuando se han violado dichos derechos – como en el caso del abuso sexual – es imperativo que las instituciones sociales (como la justicia y el bienestar público) no sólo velen por proteger a los niños y niñas de un mayor abuso a sus derechos sino que compensen parte de las violaciones que han acaecido. Por ende, es esencial que, cuando sea posible, los niños y niñas que prestan declaración en casos penales de abuso sexual queden protegidos de un daño mayor. El sistema de mediación para testigos menores de edad es un esfuerzo de tal índole.⁵

Coughlan y Jarman⁶ también confirman que un cuerpo significativo de literatura ha demostrado que la experiencia de dar testimonio es emocionalmente traumática y, a veces, imposible en cuanto a la etapa de desarrollo y cognición de los niños y niñas, cuando se esfuerzan por recordar detalles durante periodos extendidos de tiempo, así como tener que lidiar con un lenguaje abstracto y ser expuestos a procesos y estándares que a menudo carecen de sentido para ellos. Müller⁷ sostiene que el contra interrogatorio no sólo es traumático para los niños y niñas, sino que da por resultado una evidencia imprecisa. El niño es interrogado en un medio hostil, con frecuencia sobre hechos muy íntimos y de gran carga emocional. La defensa se ve obligada a atacar la credibilidad del niño en su intento por resaltar las inconsistencias y poder desacreditar la evidencia del menor. A la luz de esto, el interrogatorio de un testigo menor de edad es una tarea muy especializada, y ni los fiscales ni los defensores están preparados en la mencionada metodología.⁸

Este artículo tiene dos partes. Primero, reflejará los servicios de mediación proporcionados para los testigos menores de edad en tres áreas judiciales de los suburbios occidentales de Johannesburgo, en la provincia de Gauteng, Sudáfrica.

Segundo, se ofrecerá un debate a partir de las experiencias prácticas y de la literatura de referencia. Por medio del presente artículo deseamos destacar que los crímenes contra los niños y niñas y los procedimientos penales consiguientes en los que el niño debe atestiguar son lo suficientemente frecuentes como para garantizar los servicios de mediación a todos los testigos menores de edad. Se señalarán las implicancias prácticas para mejorar el proceso de mediación actual, en un nivel regional, provincial y nacional.

Una descripción de la mediación

La presentación de la Reforma a la Ley Penal N° 135 de 1991 en Sudáfrica, que entró en vigencia el 1ro. de agosto de 1993, incorporó lo siguiente en los casos penales con testigos menores de edad, según puede verse en el cuadro de Viviers, a continuación:⁹

Cuadro 1. Responsabilidades de la mediación

Sección correspondiente en la Ley de Procedimientos Penales	Implicancia práctica
Sección 161 (2) – En caso de testigos sordomudos, además de la “viva voz”, se incluirá el lenguaje gestual, y en el caso de testigos menores de 18 años, se incluirá una demostración, gestos o cualquier otra forma de expresión no verbal	Permite que un niño preste testimonio de una manera apropiada a su edad, usando gestos, demostraciones o cualquier otra forma de comunicación no verbal. Es tarea del mediador comprender dichos gestos, demostraciones y comunicación no verbal para verbalizarla ante el tribunal.
Sección 165 – Cuando la persona en cuestión debe dar testimonio a través de un intérprete o de un mediador asignado según la Sección 170A(1), se prestará juramento, afirmación o admonición –de acuerdo con la Sección 162, 163 o 165– ante el juez, la autoridad judicial o el secretario del tribunal, según corresponda al caso, por medio de un intérprete o mediador, en presencia o bajo la mirada del juez que preside la causa o de la autoridad judicial, según el caso.	El juez o la autoridad judicial puede acudir al mediador para que lo ayude a pedir juramento, afirmación o admonición. El intermediario podrá presentarlo de tal manera que el niño lo comprenda y que el tribunal quede satisfecho con que el niño podrá dar testimonio de la verdad y que sabrá la diferencia entre un testimonio verdadero y uno falso.
Sección 170A(1) – Siempre que haya procedimientos penales pendientes ante un tribunal y dicho tribunal considere que se estaría exponiendo a cualquier testigo menor de 18 años a una exigencia mental o a un sufrimiento innecesarios si atestiguara en dicho proceso, el tribunal puede recurrir a la subsección (4), asignando una persona competente como mediadora, para permitir que tal testigo preste declaración por medio de dicho mediador.	La discreción para usar un mediador pertenece al tribunal y deber ser solicitado por el demandante, siendo el juez quien determine su necesidad. Es fundamental que los asistentes sociales aboguen (no instruyan) por el uso de los mediadores en todos los casos en los que hay testigos menores de edad que deben prestar testimonio. Cabe notar que la edad es sólo uno de los factores que deben tenerse en cuenta al decidir si es preciso asignar un mediador. El mero hecho de que el testigo sea un niño no obliga al tribunal. Antes de tomar una decisión es necesario brindarle a las partes una oportunidad para dirigir la palabra.
Sección 170A(2)(a) – No podrá haber ningún interrogatorio ni contra interrogatorio de testigo alguno para el cual un tribunal haya designado mediador, según la subsección (1), salvo interrogatorio por parte de los jueces, si no es a través del mediador mencionado.	Todas las preguntas del fiscal, de la defensa y de cualquier otra persona presente en el tribunal deben dirigirse al niño por vía del mediador. Sólo el Tribunal, es decir el magistrado, tiene la prerrogativa de hacer preguntas directamente al niño testigo. En tales casos, el magistrado debe solicitar al mediador que formule la pregunta, según se le pida, al niño, o puede dirigirse al niño directamente.

Sección correspondiente en la Ley de Procedimientos Penales	Implicancia práctica
Sección 170A(2)(b) – A menos que el tribunal lo indique de otro modo, el mencionado mediador transmitirá el significado general de cualquier pregunta al testigo en cuestión.	El mediador tiene permitido simplificar las preguntas para que el niño las comprenda, sin cambiarles el sentido. El magistrado es la única parte que puede solicitarle al mediador que transmita la pregunta formulada con las palabras exactas al niño. En ese caso el mediador no puede simplificar dichas preguntas específicas. Los mediadores deben tener cuidado de no interpretar la pregunta al transmitírsela al niño, ni de analizar o alterar la respuesta de este último.
Sección 170A(3) – El tribunal designa un mediador según la subsección (1), el tribunal puede dar la orden de que el testigo principal preste declaración en cualquier lugar (a) el cual se determina informalmente para que dicho testigo se encuentre cómodo; (b) para que esté ubicado de tal manera que la persona cuya presencia pueda alterar dicho testigo esté fuera de su vista y de su visión; y (c) para que el tribunal y cualquier persona cuya presencia sea necesaria para el proceso en cuestión puedan ver y oír, ya sea directa o indirectamente o por medio de algún medio electrónico u otro, al mediador y al testigo durante su testimonio.	Normalmente, el niño da su testimonio por medio del mediador en un cuarto separado, conectado con el tribunal mediante un circuito cerrado de televisión o por un espejo unidireccional. El niño no ve ni oye el proceso pero el tribunal ve y oye al niño y al intermediario.
Sección 170A(4)(a) – Mediante notificación en el Boletín Oficial, el Ministro puede determinar la persona o la categoría o clase de personas competentes para ser designadas como mediadoras.	De acuerdo con la Notificación gubernamental No R.1374, del 30 de julio de 1993, librada por el Ministro de Justicia (Proclama en el Boletín Oficial N° 15024, reformado por la Notificación gubernamental N° 17822 del 28 de febrero de 1997, y reformada en el Boletín Oficial N° 22435 del 2 de julio de 2001), las siguientes personas son consideradas competentes para ser designadas como mediadoras: asistentes sociales matriculados según la S.17 de la Ley 110 de Trabajo Social de 1978, con un mínimo de 2 años de experiencia en trabajo social. Personas graduadas como asistentes sociales con dos años de experiencia en trabajo social; médicos matriculados ante el Consejo Médico y Odontológico Sudafricano según la Ley 56 de 1974, y que también tengan su matrícula como pediatras o psiquiatras; consejeros de familia designados según la S3 de la Ley 24 de Mediación bajo la Ley de Ciertos Temas del Divorcio de 1987 y que estén matriculados como asistentes sociales, o que estén clasificados como maestros entre las categorías C y G de la clasificación emitida por el Dpto. de Educación, y que estén asimismo matriculados como psicólogos clínicos, educacionales o de seguimiento; cuidadores de niños y niñas que hayan completado la capacitación de 2 años ante la Asociación Nacional de Cuidadores de Niños y Niñas, y que tengan un mínimo de 4 años de experiencia; maestros que tengan un mínimo de 4 años de experiencia y que nunca hayan sido suspendidos, ni siquiera temporariamente, de la enseñanza; psicólogos matriculados en clínica, educación o seguimiento según la Ley 56 de 1974.
Sección 170A (4)(b) – Un mediador que no está empleado a tiempo completo por el Estado recibirá un pago de viáticos, subsistencia y demás designaciones relativas a los servicios brindados, según lo determine el Ministro de Justicia, con aprobación del Ministro de Finanzas.	El texto indica que el Ministro de Justicia y el Depto. de Justicia están obligados a realizar el pago que corresponda al mediador por los servicios prestados.

Combrink y Durr-Fitchen¹⁰ señalaron que las personas competentes para ser designadas como mediadores según las categorías determinadas por la ley, no serán necesariamente mediadores adecuados. Basándose en las sesiones de intercambio entre profesionales del Derecho, del Trabajo Social y de la Psicología, realizadas en el Tribunal de Delitos Sexuales de Wynberg, y en un análisis del funcionamiento de la mediación, resultó claro que deben cumplirse ciertos requisitos personales. Los requisitos más básicos para una mediación adecuada, *inter alia*, incluyen los siguientes:¹¹

- una capacidad comprobada para relacionarse con niños y niñas así como una capacidad para desarrollar un vínculo en corto tiempo;
- conciencia de la transferencia respecto del género del mediador o mediadora;
- capacidad de comunicación; tener fluidez en el lenguaje infantil y en reflejar mensajes claros;
- técnicas de entrevista con buena capacidad de observación y la habilidad para transmitir calidez, empatía y apoyo al niño, sin perder la imparcialidad ni la objetividad;
- conocimiento de los aspectos legales del trabajo, de la dinámica del abuso sexual y de las etapas de desarrollo con sus correspondientes capacidades intelectuales y verbales;
- una conciencia cómoda con respecto a la propia sexualidad;
- el mediador y el terapeuta deben ser dos personas diferentes para disminuir la carga que influya o aumente el riesgo de la apelación.

Descripción del proceso de mediación

Coughlan y Jarman¹² explican que, en la mayoría de los casos, el mediador es un asistente social que prepara al niño o a la niña para su presentación en el tribunal y se sienta con él o ella en el cuarto con la cámara. Su función es transmitir las preguntas formuladas por el magistrado, el defensor, el fiscal o el supuesto perpetrador, en un lenguaje que el niño pueda comprender, sin cambiar el sentido general de la pregunta. El mediador tiene la obligación de amortiguar la agresión y la intimidación y de informar al tribunal cuando el testigo está cansado o cuando pierde concentración, para que el juez que preside pida un cuarto intermedio. La base de sistema es un circuito cerrado de televisión, un micrófono y el mediador. En la sala del tribunal hay un televisor y en un cuarto contiguo al tribunal, donde hay una cámara, se ubican el niño testigo y el mediador. El mediador se coloca auriculares. Sólo el mediador escucha las preguntas, pero las personas presentes en el tribunal escuchan las respuestas y todo lo que sucede en el cuarto del testigo. Este

sistema difiere del inglés en cuanto a que se usa un circuito cerrado de televisión pero no hay mediador.¹³

El Bethany House Trust se fundó en 1998 como un proyecto de la Fundación del Niño en Crisis (Child in Crisis Foundation – SA). Está registrado como un trust de caridad para niños y niñas por la Suprema Corte y también como una organización de bien público sin fines de lucro. El trust ofrece servicios de Desarrollo para la Niñez y la Juventud, Educación Profesional para Ser Padres y Servicios para Testigos Menores de Edad. En abril de 2003 Bethany House inició una sociedad pública y privada con los Departamentos de Justicia y de Desarrollo Social sudafricanos, para realizar un proyecto piloto sobre los servicios de mediación. Si bien los servicios de mediación estaban disponibles en ese momento, el mismo no estaba coordinado, los mediadores no estaban capacitados adecuadamente y las autoridades de los tribunales en general no recurrían a ellos. Bethany House capacitó a un grupo básico de mediadores, lanzó una campaña de concientización y educación para que todas las autoridades de los tribunales se percataran de su existencia y empezaran a utilizar el servicio. Se desarrolló un servicio concentrado ciento por ciento en los niños y niñas, para darles cabida a todos los testigos menores de edad, sin importar su género ni su lengua materna. Los desafíos incluyen el hecho de que en el área geográfica donde se lanzó el proyecto, hay testigos menores de edad que hablan once lenguas distintas, lo cual requiere de mediadores versados en todas ellas.

El objetivo primordial del proyecto piloto es proveer servicios de mediación profesional constante para los testigos menores de edad. Para lograrlo, Bethany House desarrolló una base de datos única para administrar, programar y hacer el seguimiento de los casos. La información derivada de dicha aplicación puede usarse para informar el planeamiento de políticas y de presupuestos relativos a servicios para los niños y niñas a través de los departamentos de bienestar social, policía y justicia. Los datos utilizados en este artículo fueron extraídos de dicha base de datos. La información para completarla se consigue de los tribunales donde se atienden los casos en cuestión. Un segundo objetivo fue compilar un perfil tentativo de víctimas y perpetradores para un área geográfica específica. Sin embargo, los datos presentados en el presente artículo no se compararon con las tendencias poblacionales. Se confirma la frustración respecto del desarrollo de una base de datos como la mencionada, según la experiencia de Coughlan y Jarman,¹⁴ quienes sostienen que, hasta el presente, casi no hay investigación en el uso del sistema de mediación en Sudáfrica. Es difícil aseverar si el sistema ha tenido alguna influencia en las tasas de condenas, porque el retraso nacional de la policía para suministrar estadísticas e información ha hecho

que la recolección de datos sea imposible. Por lo tanto, puede discutirse si el intento de Bethany House para dar información mediante el uso de una base de datos es revolucionario para determinar el éxito y el estado de los servicios de mediación.

Distritos judiciales en los que se trabajó

El Cuadro 2 ofrece una visión general de las áreas geográficas donde se ofrecieron los servicios para testigos menores de edad desde abril de 2003 hasta septiembre de 2006. Los distritos de tribunales donde trabajó Bethany House son Randfontein, Roodepoort y Westonaria. En unos pocos casos más, Bethany House asistió a otros tribunales. El cuadro también muestra las diferentes áreas policiales dentro de los distritos judiciales y el número de casos denunciados en cada uno.

Cuadro 2. Casos por distrito judicial y por áreas policiales

Distrito judicial	Nº de casos	Área policial	Nº de casos
Tribunal de Oberholzer	7	Comisaría de Carltonville	29
Tribunal de Krugersdorp	7	Comisaría de Krugersdorp	6
		Comisaría de Kagiso	1
Tribunal de Protea Glen	1	Comisaría de Soweto	1
Tribunal de Randfontein	716	Comisaría de Randfontein/Toekomsrus/Mohlakeng	692
Tribunal de Roodepoort	506	Comisaría de Roodepoort	285
		Comisaría de Dobsonville	160
		Comisaría de Florida	26
		Comisaría de Honeydew	35
Tribunal de Westonaria	259	Comisaría de Westonaria	262
Total	1496	Total	1496

En los distritos judiciales que atiende Bethany House, se manejaron 1496 casos en tres años y medio. Ello ilustra claramente la frecuencia de casos judiciales y sirve como indicador de la necesidad del servicio.

La Figura 1 presenta un gráfico con el número de los testigos menores de edad y de los perpetradores dentro de cada distrito judicial. Es notable el número más alto de incidentes en Randfontein, si bien dichos datos deben equilibrarse con factores decisivos como la variación en la densidad de población y el hecho de que los fiscales en algunos distritos no siempre solicitan el servicio.

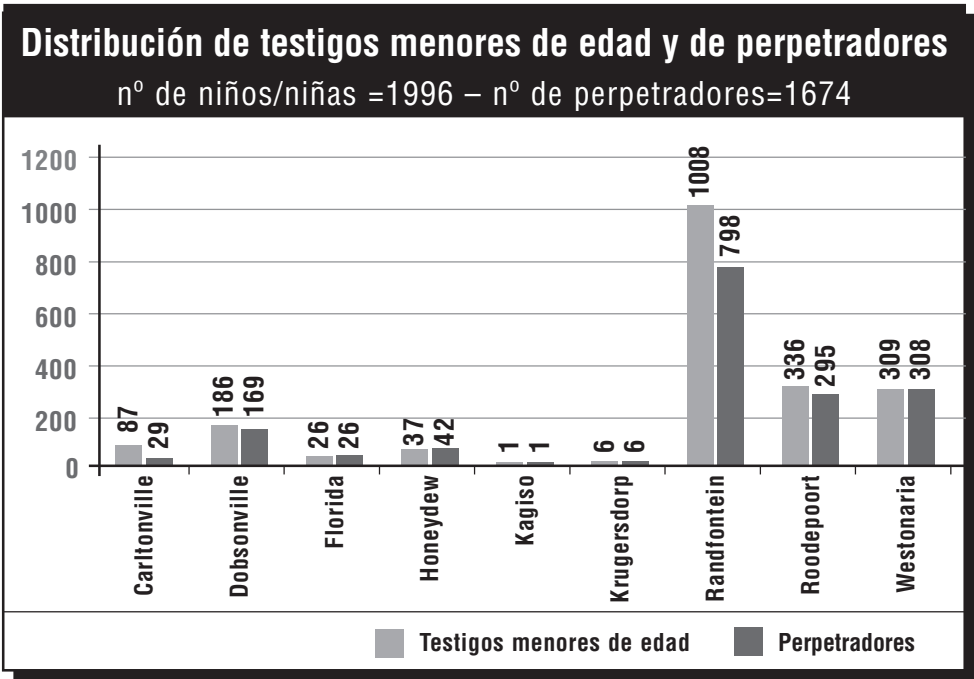


Figura 1. Tasas de testigos menores y de perpetradores por distrito judicial

Descriptores de testigos menores de edad

El Cuadro 3 muestra el sexo, las edades y las lenguas maternas de los testigos menores de edad que fueron víctimas de crímenes explicados luego en la Figura 2. Nótese que la población de testigos menores de edad es mayor que el número de casos tratado en la sección anterior, ya que en algunas instancias más de un menor prestó declaración dentro del mismo caso (víctimas múltiples).

Cuadro 3. Detalles demográficos de testigos menores de edad

SEXO	Varones = 297 (15%)					Mujeres= 1699 (85%)					N=1996
EDAD	0-4 años	5-8 años	9-12 años	13-16 años	17-21 años	Más de 30					N
	117 (5.86%)	483 (24.19%)	702 (35.17%)	551 (27.6%)	56 (2.8%)	9 (0.45%)					1996
LENGUA MATERNA	Afrikaans	Inglés	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu
	469	67	16	155	7	11	18	680	6	233	334

El Cuadro 3 brinda el siguiente detalle demográfico respecto de los testigos menores de edad que pueden utilizarse para ofrecer un perfil del cliente menor de edad, típico en el área de servicios de Bethany House:

- ochenta y cinco por ciento de los testigos son niñas;
- el grupo mayor de niños y niñas está entre los 9 y los 12 años. Es importante

- destacar que el número más alto de niños y niñas por edad es de 13 años – 259 [13%] del total de niños y niñas atendidos;
- muchos más niños y niñas tswana (34%) y afrikaans (23.5%) recibieron servicios de mediación. Ello corresponde a la representación cultural del área;
- hay niños y niñas de 11 culturas distintas que necesitan los servicios de mediación. Ello implica que los mediadores también deber ser representativos de dichas culturas para ayudar verdaderamente a los niños y niñas en su propia lengua y comprender su contexto cultural.

En la Provincia de Gauteng hay más de 345.600 niñas dentro del grupo de 10 a 14 años.¹⁵ Si se tiene en cuenta la información del perfil presentado más arriba, debe orientarse el enfoque de los servicios preventivos y de tratamiento hacia las actividades de este grupo de edades.

Tipos de delitos contra las víctimas

Las unidades de Violencia Familiar, Protección Infantil y Delitos Sexuales (FCS) de la Policía sudafricana (SAPS) son responsables de la investigación de los delitos contra los niños y niñas, tales como el asalto con la intención de daño corporal gravoso, intento de asesinato, violación, incesto, atentado al pudor, asalto común, secuestro, abducción, explotación sexual de niños y niñas y de adultos según los términos de la Ley 23 de 1957 sobre Delitos Sexuales, crímenes importantes según los términos de la Ley 133 de 1993 sobre Prevención de la Violencia Familiar, de la Ley 116 de 1998 sobre Violencia Doméstica y la Ley 65 de 1996 sobre Películas y Publicaciones.¹⁶ La importancia de este tipo de delitos y de los resultados (tratado más adelante) es la cantidad de casos denunciados en comparación con el porcentaje de condenas. Esta sección ofrece una visión general del tipo de delitos en los que estuvieron involucrados los mediadores del proyecto piloto de Bethany House.

La Figura 2 muestra el tipo de cargo respecto de los casos en los que estuvieron involucrados testigos menores de edad. Se puede ver que hay una cantidad significativa de casos de violación y de atentado al pudor. Con respecto a la identificación del perfil, los datos sobre el tipo de cargo muestran que:

- el grupo más numeroso de testigos está integrado por niños y niñas que fueron víctimas de una violación (64.52% de la totalidad de los casos) o de un atentado al pudor (27.57%);
- no se prestaron servicios de mediación en casos de abandono ni de negligencia de niños y niñas.

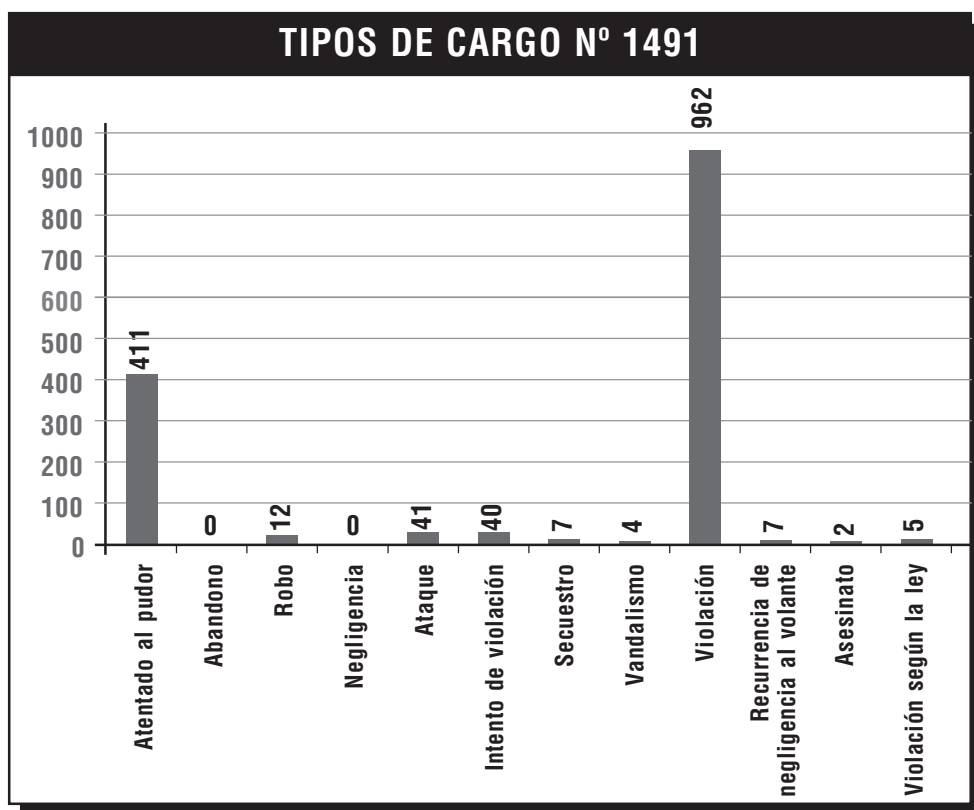


Figura 2. Tipos de cargos en los casos de testigos menores de edad

La experiencia del abuso sexual impacta negativamente en el desarrollo, la conducta y la percepción del entorno del niño, y se la conoce como trauma. Se sostiene que los efectos traumáticos del abuso sexual son los más complejos y penetrantes como influencia en la vida de un niño o niña. Cuando el trauma es infligido por una persona que el niño o niña conoce, el sufrimiento puede ser más intenso y persistente. La naturaleza súbita, aterradora e inesperada de un acontecimiento también define el trauma.¹⁷

El efecto sobre el menor puede variar en seriedad y ser duradero en cuanto a su naturaleza. Incluye una pérdida de la niñez, una pérdida de la familia si el niño es alejado, y una pérdida de confianza, que influirá sobre sus relaciones futuras. El niño o la niña también puede experimentar complejos síntomas postraumáticos, como pérdida de la autoestima, miedo, ira y hostilidad desplazados, conducta y actitud sexual inapropiadas, depresión, culpa o vergüenza, conducta autodestructiva, debilidad, confusión de roles y límites desdibujados de roles, seudo madurez o regresión y disociación del desarrollo. Un tribunal no tiene la capacidad técnica para arrojar conclusiones respecto de las consecuencias del ataque al pudor y la violación a víctimas infantiles. Las argumentaciones

precisas relacionadas con el trauma pueden ser comprobadas por el Estado, o bien el tribunal puede informarse convocando a los testigos según la Sección 274 (1) de la Ley de Procedimientos Penales. Una posibilidad sería llamar a la madre o a la maestra para atestiguar sobre los síntomas del trauma, como los patrones de sueño, de alimentación y de socialización, el estándar de su rendimiento escolar, la capacidad de concentración, la actitud hacia la disciplina y si se muestra nervioso o temeroso. Si dicha evidencia no se ve cuestionada, puede ser aceptada sin una prueba psiquiátrica sobre los efectos de la violación.¹⁸

Relación del perpetrador con el niño

Una razón interesante por la cual la mayoría de los casos no llegan a los tribunales es la de los casos “no detectados”, es decir aquellos en los que la policía no identificó al sospechoso. Algunos casos no se resuelven porque la policía no tiene pistas o tiene pistas equivocadas, lo cual no depende de ellos. En otros casos, se debe a una investigación policial pobre.¹⁹

La figura 3 ilustra la relación entre el perpetrador y el niño. En la mayoría de los casos (1755, o sea el 95%) los perpetradores fueron hombres. En el 62% de los mismos (1145) dicho hombre era conocido para el niño y sólo en el 33% de los casos (610) el perpetrador era un extraño para el niño.

El gráfico ofrece la siguiente información acerca de la relación con el niño con el objetivo de armar un perfil de la víctima:

- En la mayoría de los casos el perpetrador es un hombre que el niño conoce: un vecino (402 o sea el 22%); un pariente biológico (401, o sea el 22%); un miembro de la familia sin lazos de sangre (103, o sea el 5.6%); y un hombre con el cual el niño tenía una relación fuera del ámbito familiar (220 o sea el 12%).
- En orden descendente, el niño que necesita los servicios de mediación corre mayores riesgos dentro del hogar y en el medio familiar más inmediato, así como con sus relaciones sociales y en la escuela.

Conociendo el hecho de que la mayoría de los niños y niñas pasaron por una violación o por un atentado al pudor y que la mayoría de los perpetradores eran conocidos para ellos, se deduce que los niños y niñas testigos han experimentado altos niveles traumáticos. Es responsabilidad de los Departamentos de Bienestar Social y de Justicia sensibilizarse respecto de este hecho y explorar qué síntomas de los niños y niñas requerirán un tratamiento posterior al juicio.

La descripción de los perpetradores involucrados en crímenes contra niños y niñas también contribuirá a la comprensión del proceso de mediación en el West Rand.

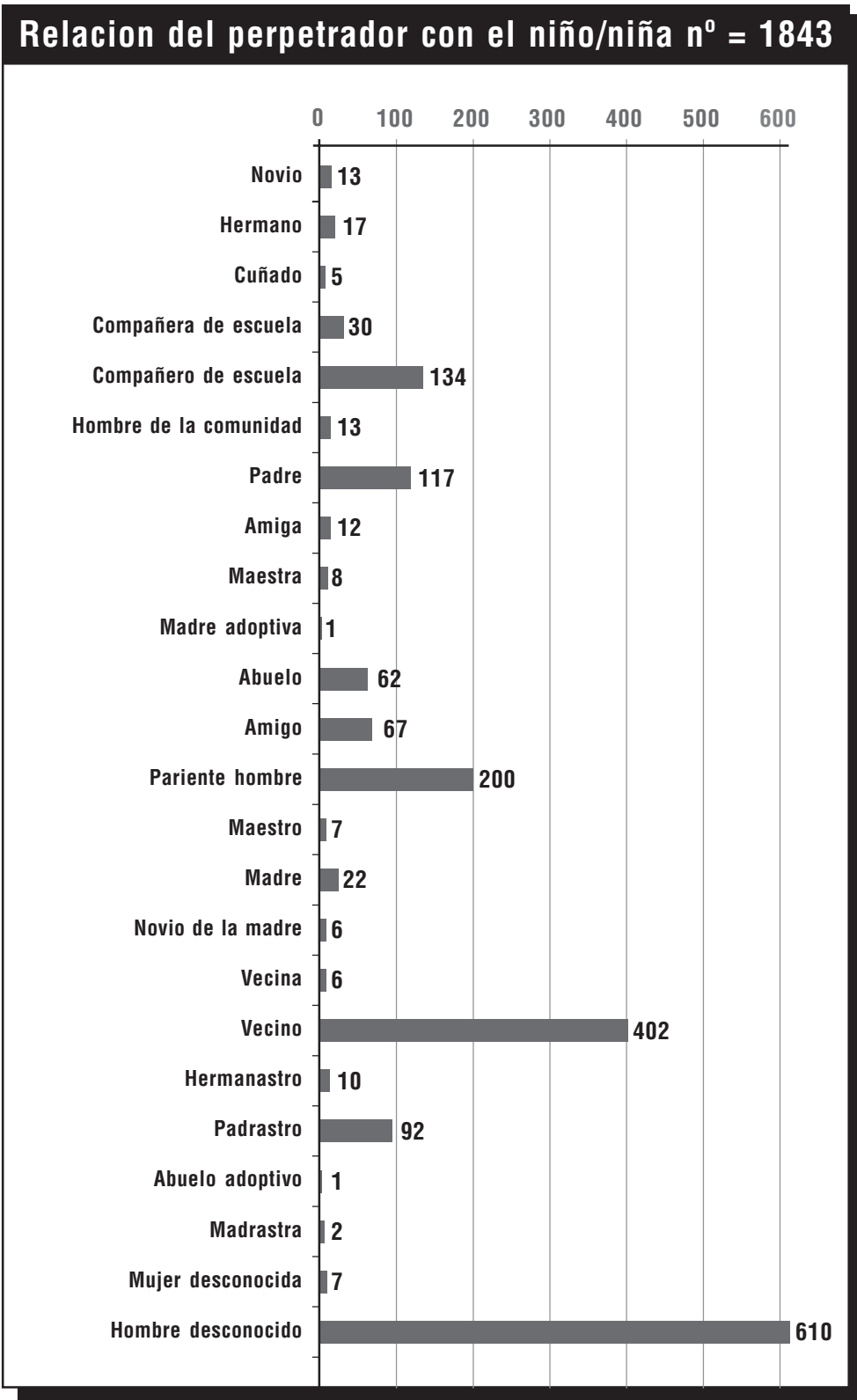


Figura 3. La relación del perpetrador con el niño o niña

Descriptores del perpetrador

El Cuadro 4 brinda información sobre el género, la edad y la cultura de los perpetradores involucrados en casos que corresponden a los distritos judiciales mencionados en el Cuadro 1. Es de particular preocupación el hecho de que un alto porcentaje de perpetradores son menores de 19 años.

La información útil del Cuadro siguiente incluye:

- La abrumadora mayoría de los perpetradores son hombres (95%) y la mayoría también tiene entre 19 y 40 años.
- Una vez más, la mayor cantidad de perpetradores proviene de las culturas afrikaans y tswana. Un análisis comparativo de la representación poblacional en el área de West Rand arrojará más luz sobre la razón por la cual los perpetradores de las comunidades de afrikaans y de tswana constituyen el grupo mayor de perpetradores (Nótese que el afrikáans es la lengua materna de los blancos y de las personas de color en las comunidades representadas).

Cuadro 4. Demografía de los perpetradores

GÉNERO	Varones=1589 (95%)						Mujeres=85 (5%)						N=1674
EDAD	Menores 19 años		19 a 29 años		30 a 39 años		40a 49 años		50 a 59 años		Más de 59 años		
	394 (23.54%)		478 (28.55%)		433 (25.87%)		241 (14.4%)		75 (4.48%)		53 (3.17%)		1674
LENGUA MATERNA	Afrikaans	Inglés	Ndebele	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu	
	413	30	11	19	134	45	8	32	493	14	199	274	

Resultado de los casos

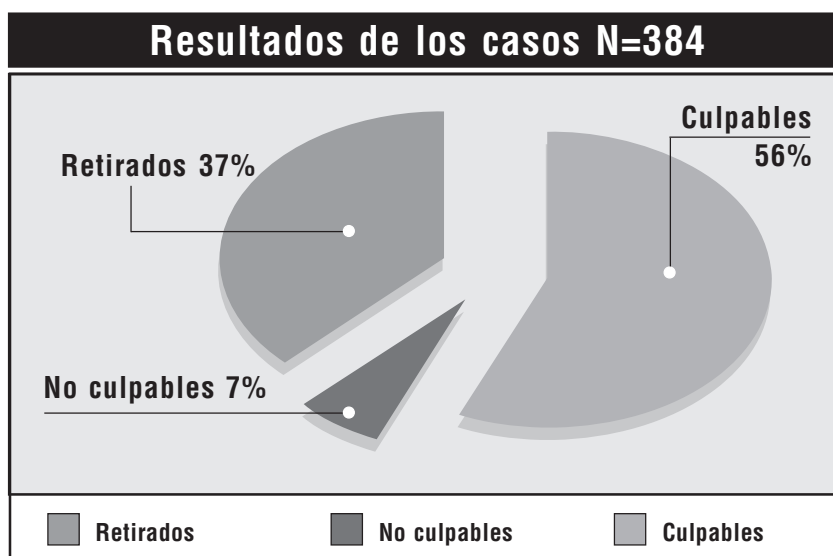
El resultado de los casos es una parte importante del proceso para el testigo menor de edad. La razón de su testimonio contra el perpetrador es comprobar su culpa. La sentencia implica un castigo por el daño ocasionado y dicho castigo debe ser acorde al delito. Como el interés de los servicios de mediación está puesto en la protección del niño o de la niña durante el proceso penal en el que se espera que se haga justicia, el reflejo de los resultados de los casos almacenados en la base de datos de Bethany House guarda particular interés.

La Figura 4 muestra el resultado de 384 casos penales. Es sólo un pequeño número de los 1496 casos descritos en el Cuadro 2. En la próxima sección se tratará la eficacia del proceso para comprender por qué se conoce tan poco acerca de los resultados de los casos.

Lo estimulante de la información recolectada sobre los resultados de los

casos es que no hubo anulaciones de juicios. La gran cantidad de casos retirados del tribunal (143) es preocupante. Es preciso interrogarse sobre el proceso legal que lleva a que se retire un caso de su fuero cuando un perpetrador es demandado y llevado a juicio. Cuando ello sucede, no hay ninguna sentencia respecto de la culpa o de la inocencia del perpetrador. En los casos en los que Bethany House trabajó, no hubo más contacto con los niños o niñas después del veredicto. Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el efecto de todo esto en el testigo menor de edad.

Figura 4. El resultado de los casos cuando hubo mediación



Con el propósito de armar el perfil, la información sobre los veredictos arroja la siguiente reflexión:

- La mayoría de los casos llevados ante un tribunal (56%) hallaron culpable al inculpado.

Al comparar las tendencias estadísticas del proyecto piloto de Bethany House con las estadísticas policiales anteriores al 2000, se puede ver que el 58% de los casos con denuncias por violación, involucrando víctimas menores de 18 años, no llegaron a los tribunales. Más aún, el 18% fue retirado del tribunal y sólo en un 9% se halló culpable al inculpado. Si se considera la baja tasa de denuncias en casos de abuso infantil – especialmente los que involucran miembros de la familia – la tasa de condena a prisión es muy pobre comparada con el número de delitos. Las absoluciones constituyen el 9% de los casos llevados ante el juez. Es importante notar que la fiscalía tiende a tratar sólo aquellos casos que

tienen una posibilidad razonable de conseguir una condena. Los recursos de la fiscalía se concentran en los casos más promisorios. La violación a menudo es más difícil de probar que otros crímenes. Sin embargo, los casos de violación infantil que fueron a juicio tuvieron el doble de posibilidades de terminar en condena a prisión que el de violaciones a adultos.²⁰

La cláusula 47 del proyecto de Ley de Estructura de Condenas del año 2000 propone la presentación de las declaraciones del impacto del daño sufrido por la víctima ante el tribunal, para que se sepa cómo ha sido dicho impacto en la práctica. A diferencia del juicio mismo, cuando la formulación de las impresiones se torna más importante que los hechos, y las consideraciones sobre los méritos que no eran relevantes adquieren un nuevo significado, se pone la expectativa en el tribunal para hacer un juicio de valor complejo. Los temas en juego al ejercer la discreción de la sentencia son de interés para el tribunal. Una mala elección del castigo va contra los intereses de la justicia, y la discreción para imponer una sentencia adecuada sólo puede ejercitarse sobre la base de todos los hechos que corresponden a la cuestión. Las circunstancias agravantes también influyen sobre la sentencia. Éste es el proceso de preparación que muestra la premeditación, el abuso de una posición de autoridad, el conocimiento de una condición de VIH positivo, y la vulnerabilidad de la víctima. Los factores atenuantes al dictaminar una sentencia pueden ser la juventud del acusado, la falta de condenas previas, la ausencia de armas, y la percepción de la voluntad por parte de una víctima mayor de 16 años.²¹

La Ley 105 de 1997 sobre Reforma Penal entró en vigencia en mayo de 1998 y la sección 51 prevé un sistema de condena mínima cuando se trata de crímenes más serios.

El propósito de introducir condenas mínimas se debió a la necesidad de infligir un golpe decisivo al delito serio mediante el uso de condenas considerablemente mayores. Las condenas mínimas relacionadas con los crímenes más serios contra niños y niñas son dos, como se sigue:²²

1. Cadena perpetua en un caso de violación cuando:
 - la víctima fue violada más de una vez por más de una persona con el mismo propósito;
 - el acusado fue procesado por dos violaciones o más sin haber recibido una condena aún;
 - el acusado sabía que estaba infectado con VIH;
 - la víctima es una niña menor de 16 años;
 - Se infligió un daño corporal sobre la víctima;
2. Se condenará a 10, 15 y 20 años de prisión respectivamente a los que delincan por primera, segunda y tercera vez en los siguientes casos:
 - una violación distinta de las mencionadas anteriormente (por ej., cuando

el acusado tenía un arma de fuego con intenciones de uso o cuando la víctima tiene más de 16 años);

- atentado contra el pudor de un niño o una niña menor de 16 años unido a daño físico (es decir, cualquier tipo de lesión física por trivial que parezca);
- asalto para ocasionar un daño corporal a un niño o niña menor de 16 años.

Con el conocimiento de la estructura propuesta para las condenas, de los 2.599 casos de violencia familiar y delitos sexuales contra niños y niñas presentados ante los tribunales en 2005 y 2006, se tramitaron ante los tribunales 14.116 años de prisión, 146 cadenas perpetuas, y multas por el valor de R474.560.

Discusión

Los datos estadísticos obtenidos de la base de Bethany House desde abril de 2003 a septiembre de 2006 proporcionan información que puede usarse para la planificación del bienestar social, la justicia y la policía en el área de servicios de West Rand. Las experiencias extraídas del proyecto piloto también son significativas para dar conocimiento a la práctica. Las mismas se tratan a continuación. Junto con la discusión de la experiencia de Bethany House y su ofrecimiento del servicio de mediación se trata un artículo sobre las experiencias de otros trabajadores sociales en Sudáfrica, donde se plantea si vale la pena conservar el sistema de mediación. También se tomará conocimiento del trabajo realizado por Karen Müller sobre la conceptualización de la relación entre la autoridad judicial y el testigo menor de edad.

De acuerdo con Coughlan,²³ el sistema de mediación está en funcionamiento sólo en las ciudades principales de Sudáfrica como East London, Ciudad del Cabo, Puerto Elizabeth, Johannesburgo, Pretoria, Durban y Pietermaritzburg. No existen servicios así en los tribunales rurales. Además, en ciudades como East London, a todo efecto, el servicio no funcionó ya que los asistentes sociales en ese momento se negaron a seguir brindándolo. Las experiencias de una cantidad menor de dichos mediadores arrojaron luz sobre el hecho de que no estaban bien capacitados y tenían que hacer frente a las ansiedades y emociones relativas al proceso judicial y al trauma del niño o niña. Nadie los interrogó sobre dichas experiencias.

Primero, resumiremos las experiencias de los mediadores tal como las reflejó Coughlan en 2002²⁴ y luego nos centraremos en nuestras propias experiencias con el sistema de mediación dentro de nuestra área directa de servicio. A la luz de las mismas trataremos las implicancias para la práctica

sugeridas por otros autores interesados en la situación de los testigos menores de edad en Sudáfrica, para sumarlas a las propias.

Dificultades experimentadas por los mediadores

Muchas de las dificultades experimentadas por Coughlan y Jarman²⁵ se relacionaban con el medio y con el proceso judicial mismo. Ellas incluyen la influencia de las demoras prolongadas y el estrés de un juicio amenazador, la incertidumbre de la presencia de un intermediario, la preservación de los derechos del acusado versus el intento de evitar mayores abusos contra el niño o la niña, el cuestionamiento de la capacidad del niño o niña para captar los conceptos de verdad definidos por los adultos, la falta de consideración respecto de los enfoques culturales en el abordaje de temas sexuales, el potencial de errores de traducción, el requerimiento de que el niño o la niña repitan los detalles del abuso, la evaluación sobre si un juicio exitoso compensa el trauma experimentado por el niño o la niña, el conflicto entre los roles del asistente social y del mediador, y las demoras hasta de dos años para escuchar los casos debido al amontonamiento de juicios.

Müller²⁶ agrega que se introdujo al mediador en la asistencia del testigo menor de edad para eliminar toda la hostilidad y la agresión de una pregunta

	nº de casos	nº de postergaciones	% del total
	147	0	29.76
	122	1	24.70
	69	2	13.97
	55	3	11.13
	36	4	7.29
	23	5	4.66
	16	6	3.24
	7	7	1.42
	9	8	1.82
	3	9	0.60
	1	10	0.20
	1	11	0.20
	1	12	0.20
	3	13	0.61
	1	16	0.20
Total	494	107	100.00

y para cambiar dicha pregunta, cuando sea necesario, para que el niño o la niña puedan comprenderla. Sin embargo, en la práctica, el uso de un mediador ha dado lugar a una serie de problemas. El poder del mediador es muy limitado, ya que se lo considera un mero intérprete (y no un testigo experto) y el tribunal puede insistir en cualquier momento para que la pregunta se repita tal cual fue formulada. Otra desventaja del sistema actual es que el mediador no tiene la autoridad para comentar una pregunta ni para dar su opinión sobre si el niño o niña comprenden la pregunta o no. El mediador carece de autoridad para intervenir y cuestionar el modo como se formula una pregunta o una secuencia particular de ellas.

Estos autores subrayan que el contexto dentro del cual el niño o la niña ofrecen su testimonio puede ocasionar más daño del necesario. Los que esperaban poder actuar como mediadores para facilitarles el proceso a los niños y niñas se han desilusionado al toparse con expectativas inadecuadas hacia el menor y con un enfoque riguroso de los derechos del acusado. La próxima sección muestra cómo las propias experiencias de Bethany House confirman la ineficacia del proceso actual. Existe, sin embargo, algo de esperanza en el horizonte. Se tratará esta tenue esperanza cuando se introduzcan ciertos cambios en aproximadamente un año.

Efectividad del proceso actual

La efectividad del proceso actual sólo puede describirse como “poco amigable para el usuario”. Ello se refiere, específicamente, al uso del lenguaje y a la integración del proceso legal al mundo ya traumatizado del niño o niña. El lapso entre el momento en que se denuncia un caso ante la policía, éste se presenta ante el tribunal por primera vez y el niño o la niña presenta su testimonio, puede ser de hasta dos años. No sólo se compromete el proceso judicial con esto sino que el testigo menor de edad permanece en un limbo respecto de su “proceso curativo”.

En el próximo cuadro se ilustra la cantidad de veces en que un caso se pospone. Además del incremento de costos para representar a la víctima infantil, el testigo menor de edad tiene que asistir a cada audiencia. En la práctica, ello significa que el niño o la niña debe ser preparado/a para ir al tribunal (una vez), luego debe prepararse para el testimonio, asistir a la audiencia y estar preparado/a para atestiguar en cada ocasión. La víctima infantil, por ende, está sujeta a un estrés mental innecesario, incluso antes de prestar declaración.

Los servicios posteriores al testimonio, como la terapia, pueden comenzar solamente después de que el niño o niña haya declarado ante el tribunal, para asegurar que dicho testimonio no esté contaminado. En la realidad, luego hay poca intervención. Los servicios terapéuticos no están disponibles con facilidad

para los niños testigos y con mucha frecuencia los padres o tutores no pueden acceder a los pocos servicios disponibles debido a restricciones económicas. En la mayoría de los casos, la preparación práctica para el tribunal es la única ayuda que el niño o niña reciben.

Si el perpetrador ha infectado al niño o niña con el virus del VIH/SIDA al cometer el crimen, este último puede estar ya demasiado enfermo para declarar o incluso haber muerto antes de dar su testimonio contra el perpetrador. Si bien el gobierno sudafricano tiene programas de ARV (antiretrovirus) disponibles para los testigos menores de edad infectados con VIH/SIDA, a menudo el niño o la niña no puede llegar hasta el hospital donde está disponible el servicio debido a las grandes distancias y a los factores económicos como el costo del transporte.

Más aún, hay una falta importante de denuncias de crímenes, especialmente de los cometidos en el seno de la familia. La reciente descentralización de la unidad policial especializada a cargo de la investigación de crímenes contra menores de edad, puede ser otro elemento del bajo índice de denuncias, ya que la comunidad en general ha perdido la confianza en la capacidad del estado para proteger a sus niños y niñas.

De los casos denunciados, un pequeño porcentaje llega eventualmente a los tribunales, e incluso entonces un porcentaje inaceptablemente alto es retirado antes del juicio. Ello sucede cuando se pierden pruebas cruciales (como por ejemplo de ADN) o cuando el testigo no puede rastrearse. Debido a las largas demoras, el testigo menor de edad a veces se muda sin informar su nuevo domicilio, obligando al Estado a eliminar el caso del tribunal.

Un pequeño porcentaje de dichos casos que logra llegar a juicio y pasar por todo el proceso termina con una condena. Puede decirse entonces que el proceso legal ofrece pocos beneficios al niño o niña. La razón principal para el procesamiento penal no necesariamente beneficia al menor. No parece haber correlato entre los intereses del niño o de la niña y las expectativas de procesamiento de las autoridades.

La eficiencia de un proceso legal cuestionable de por sí se obstaculiza aún más debido a la carencia o falta total de equipos (como de auriculares, por ejemplo) para concretar los servicios de mediación, ocasionando demoras largas o postergaciones. En algunas instancias, los procesos judiciales se mudan a otro distrito donde el tribunal cuenta con un equipo funcional que puede usarse.

La existencia de hallazgos comunes entre los mediadores de ciudades muy apartadas geográficamente entre sí como East London en la Provincia de Eastern Cape y West Rand, una región de la Provincia de Gauteng, justifica una mayor exploración en el proceso de mediación, tomando en cuenta la necesidad de hacer uso de la información para planificar intervenciones efectivas para los testigos menores de edad.

Cambios previstos

El Proyecto 107 de la comisión sudafricana de leyes sobre Delitos Sexuales: proceso y procedimiento (2002) propone una estrategia para adoptar principios guía (Protocolos y Memorandos o Códigos de Buena Práctica) que produzcan cambios en el manejo de los delitos sexuales. El desarrollo de dicha estructura “nacional multidisciplinaria) debe llevar a un acuerdo vinculante intersectorial, para formar la base para la elaboración de códigos de práctica multidisciplinarios provinciales o regionales, contenidos en la legislación, para garantizar su cumplimiento. Se hace aquí una breve mención a algunas recomendaciones que deberían influir positivamente en el proceso legal actual. Dichas recomendaciones se reflejan en el documento que puede verse en <http://www.doj.gov.za/salrc/dpapers/dp102_prj107/dp102execsum.pdf>:²⁷

- los cuerpos gubernamentales tales como órganos de gobierno deben ofrecer servicios expeditivos, sensibles, efectivos, confiables, y totalmente coordinados e integrados;
- deben proveerse los fondos para la implementación y operación efectivas de la estructura a nivel nacional;
- un comité coordinador interdisciplinario debe supervisar, monitorear y evaluar la implementación de tal estructura;
- se recomiendan técnicas flexibles para gestionar el flujo de casos. La estrategia de gestión del flujo de casos debe desarrollarse intersectorialmente para reducir las demoras en los procedimientos de los procesos penales;
- también se subrayan la correcta capacitación acreditada y la investigación de los proveedores de servicios;
- hay un amplio precedente en Sudáfrica en la creación de equipos unificados o agencias interrelacionadas para la investigación y procesamiento de crímenes de alta prioridad;
- sólo el personal médico altamente calificado, los oficiales de policía, los fiscales, los jueces y los consejeros deben tratar los casos de delitos sexuales graves;
- en lo posible todos los casos de delitos sexuales graves deben procesarse en tribunales especiales para Delitos Sexuales;
- todos los casos de las víctimas infantiles de delitos sexuales que requieran cuidado y protección deben poder recurrir a un sistema de bienestar social confiable;
- sudáfrica es un país de recursos limitados, y la provisión de una profilaxis posterior a la exposición (PEP) a las víctimas de violación se ha

convertido en un tema controvertido. Se reconoce que el costo de proporcionar una PEP a todas las víctimas de violencia sexual sería en extremo alto. Sin embargo, el costo de no proporcionarla seguramente será mayor y afectará el sistema de la salud pública y tendrá un efecto dominó sobre la economía. Es responsabilidad del Estado suministrar los medios financieros para cubrir el costo de la PEP para las víctimas de violencia sexual, ya que dichos querellantes han padecido la exposición a una enfermedad que atenta contra sus vidas, sin haberlo elegido;

- deben desarrollarse protocolos para los médicos y para los profesionales de la salud;
- la policía debe revisar los procedimientos para registrar y seguir los casos “infundados” y aquéllos en los que la víctima desea eliminar el caso;
- la Ley de Delitos Sexuales impone una obligación positiva sobre la policía de aceptar y registrar todas las quejas de delitos sexuales, y estipula que la policía no tiene la autoridad para proceder ni para descartar una investigación, incluso si la víctima le pide que no proceda. La única discreción para proceder a una investigación corresponde a la fiscalía.

Si bien la Comisión Legal de Sudáfrica ha realizado mucho trabajo para mejorar el *status quo*, los autores reiteran para que dicho problema pase a ser una prioridad legislativa y presupuestaria.

Implicaciones para la práctica y recomendaciones

Estamos de acuerdo con Coughlan y Jarman²⁸ cuando dicen que los oficiales profesionales y de bienestar social del gobierno necesitan ofrecer una capacitación permanente y una supervisión adecuada así como dar oportunidades para investigar a los mediadores *in situ*. Para que ello ocurra, el rol del mediador tiene que alcanzar un nivel más alto de visibilidad y de aceptación del que tiene en la actualidad. No se reconoce el trabajo de mediación como una función clave y, por lo tanto, no se lo provee de los mecanismos profesionales ni colegiados que apoyen y respondan por su práctica profesional. Se debe luchar contra esto, no sólo por el interés de los asistentes sociales, sino por el de los niños y niñas. Dada la naturaleza *ad hoc* del trabajo de mediación, no hay un sistema de apoyo, de responsabilidad ni una perspectiva de desarrollo en busca de profesionalismo. Dada la reestructuración extensiva de los servicios sociales del gobierno que se está haciendo en todo Sudáfrica, ello es posible sólo si hay suficiente gente capacitada para convertirlo en una prioridad.

Si bien los asistentes sociales pueden garantizar que el tema se mantenga

en la agenda del gobierno, necesitan la comunidad jurídica y a los responsables de fijar las prioridades y los procedimientos ante los tribunales. Los casos de abuso infantil no deberían tener que esperar más que un par de meses para el inicio del juicio. Deben evitarse las postergaciones rigurosamente. Se debe dar el aviso correspondiente para que los niños y niñas puedan ser preparados y para que se garantice la disponibilidad de los asistentes sociales.

Las autoridades deben reconocer el servicio de mediación ya que, sin la cooperación de los asistentes sociales, todo el sistema fracasa a nivel nacional, exponiendo a los involucrados a cargos que violan los derechos constitucionalmente protegidos de los niños y niñas.

Van der Merwe y Müller²⁹ también ofrecieron algunas guías prácticas y orientadoras respecto de la administración judicial para proteger al niño durante el proceso judicial. Ellas incluyen normas de base para los abogados, con referencia específica al modo de formular las preguntas apropiadas.

La autoridad judicial también debe explicar el proceso de interrogatorio al niño y lo que sucederá a continuación, reforzar la necesidad de que diga la verdad, darle al menor que atestigua una idea de lo que se espera de él o de ella y el hecho de que puede ser necesaria la intervención de los jueces cuando el testigo no comprende el peso de una declaración policial.

Debe llamarse a receso cuando el niño o niña muestra signos de cansancio, pérdida de atención, o da respuestas de cierre (como “No sé” o “No recuerdo”) o hay un estrés inmanejable. Se ha comprobado que la presencia de una persona de apoyo ayuda al niño/niña a responder mejor al interrogatorio.

El niño o la niña tienen derecho a que los procedimientos se lleven adelante expeditivamente, en un marco de tiempo apropiado para la víctima y para el tipo de delito. Como tal, el incumplimiento de la estrategia propuesta de gestión de flujo de los casos debería ser sancionado.

También se propone que el contra interrogatorio con el testigo se complete antes de que el niño o la niña ingrese al tribunal para reconocer al acusado. Luego pueden formularse mayores preguntas relativas a la identificación.

Los autores agregan las siguientes sugerencias a lo ya dicho:

Es crucial el uso de una base de datos para hacer el seguimiento de los servicios ofrecidos a los menores y para brindar información que ayude a planificar. Todos los que intervienen en el proceso necesitan usar y contribuir a la elaboración de dicha base de datos, que debería implementarse tanto provincial como nacionalmente.

Deben formalizarse tanto la definición como las responsabilidades del mediador. Ello debe tratarse como un área de especialización dentro de la asistencia social.

Para abordar la preocupación acerca de la credibilidad de las pruebas presentadas por los testigos menores de edad, deben adoptarse tanto el modelo conceptual de De Young³⁰ para juzgar la veracidad como el “Análisis de la Validez de las Declaraciones” (SVA) como una herramienta de evaluación crucial para determinar la validez de lo dicho a lo largo de todo el proceso de atestiguamiento. Naturalmente, ello luego debe formar parte de la capacitación del mediador, para que pueda contribuir al proceso, verificando la credibilidad de las declaraciones ante el tribunal.

Para comprender profundamente las dificultades inherentes a los procedimientos judiciales y la divulgación de información personal y con carga emocional, el conocimiento del “Síndrome de Acomodación al Abuso Infantil” debe formar parte de la preparación del asistente social que actúa como mediador.

Es precisa la correcta comprensión del reglamento procesal preventivo, por el cual el juez, basándose en los hechos, se propone ser cauto a la hora de evaluar las pruebas que requieren circunspección, según indica la práctica.

Las normas preventivas que se aplican para evaluar las pruebas son reglas relacionadas a los testigos individuales, la colaboración, las trampas, los niños y niñas pequeños, la identidad, la desviación sexual, los detectives privados, las prostitutas y los testigos detenidos.³¹

Debe tenerse en cuenta la información recabada en los casos gestionados por Bethany House (indicados con números romanos en todo el documento), así como la investigación posterior, para identificar los perfiles que ayuden a planificar la prevención y el tratamiento del abuso infantil. El uso de “declaraciones de impacto” por parte de los maestros, de la familia y de otros adultos que puedan atestiguar acerca de las consecuencias del abuso en el niño o la niña, aumentará la condena correspondiente al perpetrador.

Es fundamental crear una clínica socio-legal donde las profesiones legal y social puedan combinar sus servicios para servir efectivamente al cliente niño o niña. También insistimos en que se dé prioridad a las recomendaciones de la Comisión Sudafricana de Derecho y que se acelere la implementación de dichas recomendaciones.

Conclusión

Este artículo presenta una serie de realidades interesantes respecto del sistema de mediación. La pregunta consiste en saber si un enfoque más concentrado y estandarizado del sistema (con una mayor circulación de información con fines de planificación) fortalecería los casos de los niños y niñas y, con suerte, llevaría a mayores condenas que, finalmente, contribuyeran a crear entornos más seguros para los niños y las niñas. Es preciso dar preeminencia a los problemas que

señalan varios autores. Hace ya más de diez años, desde que se reformó la Ley de Procedimientos Penales, que está autorizada la intervención de los mediadores. Ha llegado el momento de seguir avanzando por el sendero que tomó Sudáfrica para actuar en pos de los mejores intereses de sus niños y niñas.

NOTAS

1. Coughlan & R. Jarman, "Can the intermediary system work for child victims of sexual abuse?", *Families in Society*, vol. 83, issue 5/6, Nueva York, Alliance for Children & Family, sep-dic 2002, p.541.
2. Ibid., p. 541.
3. K. Müller, "The competency examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 152.
4. Ibid., p. 160.
5. Coughlan & Jarman, op. cit., p. 541.
6. Ibid.
7. K. Müller, "A question of confusion: cross-examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p.170.
8. Ibid., p. 171.
9. A. Viviers (1999), "Manual on practice guidelines for Intermediaries" in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponible por Internet en <<http://www.rapcan.org.za>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.
10. H. Combrink & E. Durr-Fitche, "The Child Witness", *The Child Care Worker*, vol. 12, n. 2, The International Child and Youth Care Network, Wisconsin-Milwaukee, 1994. Disponible por Internet en <www.cyc-net.org>, actualizado el 5 de febrero de 2007.
11. Ibid.
12. Coughlan & Jarman, 2002, op. cit.
13. Ibid., p. 542.
14. Coughlan & R. Jarman, op. cit.
15. *Statistics South Africa*, 2006 p. 9.
16. SAPS – South African Police Service, Informe Anual (del Servicio de Policía Sudafricana), 2006, p. 93.

17. A. Van der Merwe, "Aspects of sentencing in child sexual abuse cases" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 264.
18. Ibid., p. 265.
19. D. Van Zyl Smit, "Conviction rates of crimes reported in eight South African police areas", *South African Law Commission Research Paper 18*, Project 82, 2000, p. 11. Disponible por Internet en <<http://www.doj.gov.za/salrc/rpapers/rp18.pdf>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.
20. Ibid., pp. 18-19.
21. Van der Merwe, op. cit., pp. 261-262, 267-268, y 272.
22. Ibid., pp. 269-270.
23. Coughlan & R. Jarman, op. cit.
24. Ibid.
25. Ibid., pp. 544-545.
26. K. Müller, "An inquisitorial approach to the evidence of children" in C. W. Marais (Ed), *Crime research in South Africa – CRISA*, Vol 4, n. 4, Johannesburg, University of South Africa, 2001. Disponible en Internet en: <<http://www.crisa.org.za/volume4/ia.html>>, actualizado el 5 de febrero de 2007.
27. Consultas: Dellen Clark and Carrie Kimble. Sitio web actualizado el 13 de marzo de 2007.
28. Coughlan & Jarman, op. cit.
29. A. Van der Merwe & K. Müller, "Judicial management: 'The boss of the court'" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 283-296.
30. De Young (1986) en K. Müller, "Evaluating the credibility of child witnesses: a more scientific approach" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 214-222.
31. South African Justice College Notes (1994), "Corroboration and the Cautionary Rules" in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponible en Internet en: <<http://www.rapcan.org.za/>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponibles en el sitio www.surjournal.org

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y
derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de
reparaciones por violaciones de los derechos
humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para
el avance de los derechos humanos en los
sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después
del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones
sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo
del Milenio: Oportunidades para los
derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación
de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los
derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:
Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos,
sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos:
rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso
a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y
derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección
a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes
de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad:
una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta
Comisionada de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras:
Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones:
¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos:
Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y
LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos:
Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA