

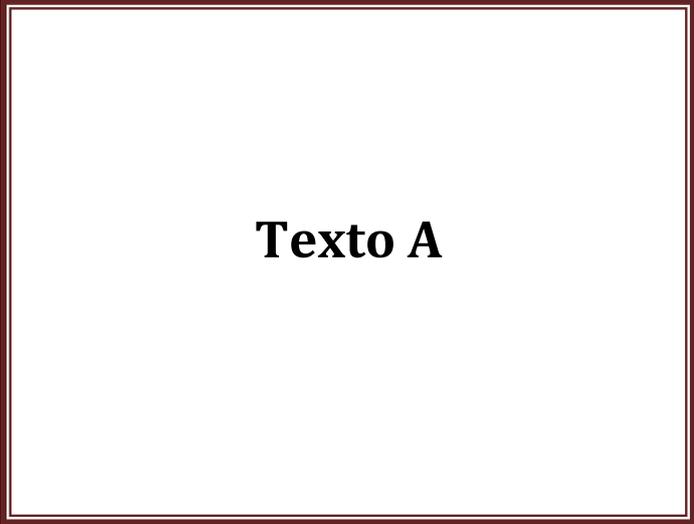


Especialización en Traducción Jurídica y Económica

Trabajo Final: Traducciones

6 de diciembre de 2013

Laura Heritier



Texto A

Capítulo 10

La reforma de la ley de sucesión intestada

Gareth Miller

Profesor de Derecho, Universidad de East Anglia

Introducción

En diciembre de 1989, la *Law Commission*¹ publicó el informe sobre la *Distribución de bienes intestados*², en el cual se expresó que: «un sistema diseñado en 1922 y que recibió solo modificaciones menores no es lo suficientemente adecuado para las condiciones sociales y económicas modernas». Muchos estuvieron de acuerdo con que era oportuno volver a examinar las reglamentaciones de la sucesión intestada y la mayoría de las recomendaciones en el informe parecen aceptables y deseables. Sin embargo, la recomendación crucial y central según la cual el cónyuge superviviente debe, en todos los casos, recibir la totalidad de la masa hereditaria intestada fue inesperada y controversial. Es muy probable que esta haya sido la razón por la cual no se han tomado medidas para implementar dichas recomendaciones. La regla sería clara, simple y prácticamente no causaría desacuerdos en muchos o en la mayoría de los casos. Eliminaría o reduciría las dificultades que se les presentan a algunos cónyuges supervivientes debido a la legislación actual. No obstante, también habría casos en los que esta norma devendría demasiado simple y frustraría las llamadas expectativas legítimas de otros miembros de la familia del intestado en relación con lo que se considera los bienes de esa familia.

Este artículo se enfocará en la provisión que se deja al cónyuge superviviente, a pesar de que el tema no pueda ser analizado sin tener en cuenta las demandas de otros miembros de la familia del intestado. Sin embargo, será preciso, en primer lugar, reflexionar sobre brevemente la tarea que un sistema de sucesión intestada requiere y la envergadura de dicha labor.

Alcance de la sucesión intestada

Las normas de la sucesión intestada fueron elaboradas para regular la disposición de los bienes de una persona que no dejó un testamento válido o completamente válido. Asimismo, deben contemplar una cantidad de situaciones. Por ejemplo, una en la que el fallecido no tuvo la intención de dejar un testamento o, si bien quiso hacerlo, este no se pudo ejecutar debido a los siguientes motivos: (a) la ejecución fue defectuosa, (b) fue revocado involuntariamente (por la celebración de un matrimonio posterior, por ejemplo), (c) fue anulado debido a hechos que se sucedieron luego de su elaboración (la muerte de los beneficiarios o la venta de la propiedad específicamente dada, por ejemplo), (d) las disposiciones no eran válidas. También puede suceder que el fallecido haya realizado un testamento válido pero la validez para ejecutarlo fue solo en parte debido a una redacción defectuosa o a algún otro motivo como los mencionados anteriormente.

Esta variedad de circunstancias, que dan lugar a una sucesión intestada, completa o parcial, debe ser tenida en cuenta al considerar la elaboración de las normas actuales sobre este tipo de sucesión. Sobre todo, porque, si bien hay personas que deciden fallecer intestadas y adoptar el régimen de sucesión legal o no están convencidas acerca de las pretensiones de ciertos beneficiarios para redactar un testamento a su favor, esto no suele ser la regla en los casos de los testamentos sin validez.

¹ La *Law Commission* es un organismo independiente creado a través del *Law Commissions Act* de 1965 cuyo fin es mantener las leyes bajo permanente revisión y recomendar reformas en caso de ser necesario. (N. del T.)

² *Distribution on Intestacy*, L. C. No. 187.

Tampoco es simple la situación de una persona que falleció totalmente intestada. La existencia de la sucesión intestada parcial complica aun más el panorama.

Es significativa la cantidad de casos de sucesiones intestadas totales en las cuales se deben aplicar las normas tal como se desprende del número de Cartas de Administración emitidas cada año, según se muestra en la tabla a continuación³. Representan cerca del 25 % de todos los casos que requieren dichos documentos. Incluso cuando el fallecido haya dejado un testamento y se necesite un Certificado de Herederos o una Carta de Administración, las normas se deben implementar en los casos de sucesión intestada parcial.

	1988	1989	1990	1991
Emisión de Certificados de Herederos y Cartas de Administración	172,722	171,964	182,634	184,291
Emisión de Cartas de Administración	61,753	59,919	60,020	74,071
Cantidad total de emisiones	234,475	231,883	242,654	258,362

La envergadura de la tarea que se debe realizar es un factor importante para determinar la forma del sistema⁴.

Formulación de las normas sobre la sucesión intestada

Normas previas a 1926

Antes de 1926, las normas de la sucesión intestada vigentes para los bienes inmuebles se distinguían de aquellas para los bienes muebles. Conforme con las normas de herencia que se aplicaban a los bienes inmuebles, los descendientes directos tenían prioridad antes que los ancestros, se preferían los hombres a las mujeres del mismo grado y, entre los hombres del mismo grado, el mayor tenía prioridad. Las normas sobre bienes muebles hacían una división entre los hijos si no existía viuda. Sin embargo, si la había, ella obtenía un tercio de estos bienes y los hijos, dos tercios. Si no había hijos, la esposa se quedaba con la mitad y la otra mitad la obtenían el padre o la madre del fallecido o, en su defecto, sus hermanos o hermanas. Si una mujer fallecía, el esposo superviviente heredaba todos los bienes muebles y se excluía a los hijos. Si el esposo también fallecía, los bienes muebles eran cedidos a los hijos. Los dos sistemas evolucionaron a lo largo de un largo tiempo antes de ser codificados por el Parlamento.

Normas posteriores a 1925

La Ley de Administración de Bienes Sucesorios de 1925 introdujo un nuevo sistema de sucesión intestada aplicable tanto a los bienes inmuebles como a los bienes muebles⁵. El sistema legal estaba basado en el estudio de un gran número de testamentos en el Registro de Sucesiones designado para determinar las voluntades de la mayoría de los testadores⁶. El Comité de Sucesión Intestada, fundado en 1950, también adoptó el mismo enfoque y tenía en cuenta las estadísticas compiladas en el Registro Principal de Sucesiones a través de un censo de todos los testamentos validados en el transcurso de un tiempo⁷. Luego, se

³ Ver las Estadísticas Civiles Judiciales.

⁴ Ver Plager, "The Spouse's Nonbarrable Share: A Solution in Search of a Problem" (1966) 33 *Univ. of Chicago LR* 681.

⁵ Ver Parte IV.

⁶ Ver 2 Wolstenholme & Cherry's *Conveyancing States 1593*.

⁷ Cm. 8310, párr. 18.

realizaron enmiendas a través de la Ley de Sucesión Intestada de 1952 y la Ley de Provisión a la Familia de 1966⁸.

El sistema actual

La característica más sorprendente del sistema sobre sucesión intestada desde su evolución en 1925 es la ampliación de los derechos del cónyuge superviviente a expensas de los hijos y de otros familiares del intestado. Las normas se establecieron en 1925 y se desarrollaron en 1952 sobre la base de las disposiciones que los testadores de esa época normalmente establecían en sus testamentos. Asimismo, esta evolución debía reflejar, obviamente, los deseos de aquellos que redactaron sus testamentos al menos entre 1925 y 1952⁹. Sin embargo, la idea de que las normas de la sucesión intestada deban representar los deseos de un testador “promedio” o “típico” quizás ya no sea satisfactoria, particularmente, debido a la gran variedad de matrimonios en la actualidad¹⁰. La prioridad del cónyuge superviviente también fue un factor influyente y, junto con la perspectiva de que el matrimonio debe ser visto como una sociedad conyugal, estas probablemente hayan sido las consideraciones más importantes en los cambios recientes sobre la cantidad que recibe el cónyuge superviviente y sobre el proceso de reforma.

El derecho de sucesión del cónyuge superviviente de un fallecido intestado después del pago de los gastos de los servicios fúnebres, testamentarios y administrativos, las deudas y otras obligaciones, depende de la supervivencia de otros familiares del fallecido. Si este no posee padres o hermanos consanguíneos, ni deja descendencia que adquiera algún tipo de derecho sobre algún bien, entonces, el remanente de la masa hereditaria se mantiene en fideicomiso a favor del cónyuge superviviente. Si el intestado deja descendencia, el cónyuge superviviente obtiene la totalidad de los bienes muebles y un monto neto fijo (en la actualidad asciende a £75,000) con el interés correspondiente hasta el día del pago. Sujeta a ello, la mitad del remanente se mantiene en fideicomiso a favor del cónyuge superviviente durante toda su vida y, según ese derecho vitalicio, en los fideicomisos legales para la descendencia del intestado. La otra mitad del remanente se mantiene en los fideicomisos mencionados anteriormente para la descendencia.

Finalmente, si el intestado no deja descendencia, pero le sobreviven uno o más de los siguientes familiares: padre, madre, hermano o hermana consanguíneos o la descendencia de estos, entonces el cónyuge superviviente obtiene la totalidad de los bienes muebles y un monto neto fijo (en la actualidad asciende a £125,000) con el interés correspondiente hasta el día del pago. Sujeta a ello, la totalidad de la mitad del remanente se mantiene en fideicomiso a favor del cónyuge superviviente y la totalidad de la otra mitad se mantiene en fideicomiso a favor de los padres del intestado en partes iguales o a favor del padre o la madre superviviente. Si ninguno de los dos lo sobrevive, esa mitad se mantiene en los fideicomisos legales a favor de los hermanos y hermanas consanguíneos del intestado¹¹.

En caso de que no haya cónyuge superviviente, el remanente se mantiene en los fideicomisos legales a favor de la descendencia. Si tampoco hay descendencia, el remanente se mantiene en fideicomiso a favor de los padres del intestado en partes iguales o a favor de aquel que lo sobreviviera. Si los padres fallecieron, el remanente se mantendrá en los fideicomisos

⁸ Se realizaron algunas modificaciones basadas en las políticas establecidas. Ver la Ley de Reforma del Derecho de Familia de 1987 que cambió el enfoque en relación con los hijos ilegítimos.

⁹ Ver Glendon, *The New Family and the New Property* (1981) 21-22.

¹⁰ Ver el documento de trabajo publicado de la L. C. No. 108, párr. 4.2-4.3.

¹¹ Ley de Administración de Bienes Sucesorios de 1925, art. 46 según enmienda de la Ley de Bienes de Intestados de 1952 y la Ley de Provisión a la Familia de 1966. El Art. 1 de la Ley de 1966 otorga al *Lord Chancellor*, por resolución, un poder para incrementar la cantidad de la legítima del cónyuge superviviente. Esta se aumentó a su cifra actual a través de la Resolución (sobre Sucesión Intestada) de la Provisión a la Familia de 1987 (SI 1987/799).

legales a favor de los hermanos y hermanas consanguíneos del intestado. Y, si no existieren, este se transferirá a los hermanastros. En ausencia de cualquiera de los mencionados con derecho a recibir el remanente, este pasará a los abuelos del intestado, y, si existieren más de uno, se repartirá en partes iguales. Si todos ellos han fallecido, el remanente se mantiene en los fideicomisos legales a favor de los tíos y tías consanguíneos del intestado. Si no los tuviere, se entregará a los hermanastros del intestado. En caso de que no haya nadie con el derecho de sucesión conforme con las disposiciones precedentes, el remanente será cedido a la Corona como herencia vacante¹².

El cónyuge supérstite posee derechos legales para obtener una suma asegurada (calculada de acuerdo con la Ley) en lugar de un derecho vitalicio¹³ y para exigir el lugar de residencia, en la cual el intestado habitaba a la fecha de su fallecimiento y que integra la masa hereditaria, con el objeto de que pueda apropiarse de ella como el derecho de sucesión en forma incondicional según las normas de la sucesión intestada¹⁴. En los casos donde corresponda la aplicación de los fideicomisos legales, cualquiera de los miembros debe haber estado vivo a la fecha del fallecimiento del intestado y debe haber alcanzado los dieciocho años o haberse casado antes de esa edad para gozar del derecho. Si algún miembro no lo sobrevive, la descendencia intestada de esta persona que esté viva en el momento del fallecimiento del intestado y tenga dieciocho años o esté casada antes de esa edad, obtiene a través de todos los grados, de acuerdo con la línea sucesoria y en partes iguales si hubiera más de uno, la parte que le hubiera correspondido a su padre o madre si él o ella estuvieran vivos en el momento del fallecimiento del intestado¹⁵.

Vicios del sistema actual

Posición del cónyuge supérstite

La *Law Commission* estuvo de acuerdo con que el vicio principal de la presente legislación es que “ella no puede garantizar una provisión adecuada para el cónyuge supérstite”¹⁶. Esto se debe a que la legítima generalmente no alcanza para que dicho cónyuge pueda permanecer en el domicilio conyugal, a pesar de que la masa hereditaria sea lo suficientemente grande como para poder hacerlo. Incluso si la herencia legítima es suficiente como para conservar la vivienda, le dejará al cónyuge muy poco para poder mantenerla o para garantizar su sostén¹⁷. No obstante, el impacto no siempre es el mismo. Los valores de las viviendas varían según el lugar del país en el cual se encuentren. El difunto puede no haber sido el único propietario del inmueble. Si los cónyuges tuvieran derecho a la vivienda como condóminos sin derecho de supervivencia, el derecho del fallecido sobre dicho inmueble formaría parte de su masa hereditaria y su valor será significativo en relación con el monto de la legítima. Si los cónyuges tuvieran derecho como condóminos con derecho de supervivencia, el derecho del fallecido sobre el bien en cuestión automáticamente será cedido al cónyuge supérstite quien también tendrá derecho a la totalidad de la legítima. A pesar de que quizás se aconseje a la mayoría de las parejas a

¹² *Ibid.* art.46.

¹³ *Ibid.* art.47A.

¹⁴ Ley de Bienes de Intestados de 1952, art.5.

¹⁵ Ley de Administración de Bienes Sucesorios de 1925, art.47.

¹⁶ L. C. No. 187, párr. 17.

¹⁷ *Ibid.* párr. 18. En teoría, este punto se podría definir aplicando el criterio de la Ley de Herencia de 1975 (Provisión para la Familia y los Dependientes), pero ver *infra* (el texto en n. 22-23) para conocer la relación entre la provisión apropiada según las normas de la sucesión intestada y la provisión apropiada según la Ley de 1975.

ser condóminos, ya que el derecho automático de supervivencia es una de las ventajas, la elección no siempre será intencional especialmente cuando entran en juego otros activos¹⁸.

Posición de otros miembros de la familia

La *Law Commission* señaló que según el sistema actual, las expectativas de los hijos dependerán de la naturaleza y la tenencia de los activos de sus padres fallecidos más que de la provisión apropiada que se haya hecho para el padre supérstite¹⁹. La variedad de disposiciones que se aplican a los hijos en relación con la distribución de bienes es un tema complicado que fue duramente criticado²⁰. Por el contrario, no hubo muchas demandas para reemplazar la distribución por estirpe con la distribución por persona, a pesar de que esto causó un caluroso debate en los Estados Unidos. La figura de de “hijos de familia” no se incorporó a las normas de la sucesión intestada como se hizo en la legislación de provisión a la familia. Sería difícil agregarla a un sistema de derechos fijos debido a su componente de subjetividad. Sin embargo, el hecho es que dichas normas no contemplan a los hijastros. Su posición se considera más adelante en relación con la provisión a la familia.

Las normas tampoco contemplan a las parejas de hecho quienes también deben guiarse por la Ley de Herencia de 1975 (Provisión para la Familia y los Dependientes) y reclamar su derecho como dependientes²¹.

Reforma

Sistema fijo o sistema discrecional

Conforme con la Ley de Herencia de 1975 (Provisión para la Familia y los Dependientes), se le otorga al tribunal un poder discrecional para resolver la provisión económica de la masa hereditaria del fallecido a favor de algunos miembros de la familia. Se prefirió este sistema a uno de derechos inalterables de herencia, muy común en los Estados Unidos, ya que habilita al juez a encontrar una solución que se adapte a las circunstancias de cada caso en particular. Las ventajas y desventajas de estos dos enfoques exceden el alcance del presente artículo. Sin embargo, está claro que un sistema discrecional solo es posible cuando el número de casos es relativamente pequeño. Por el contrario, si cada año surgiera una cantidad amplísima de casos, un sistema básico con normas fijas sería esencial, ya que ofrece seguridad, simplificación administrativa y gastos reducidos. Un claro ejemplo es el caso de la sucesión intestada en relación con la tarea que enfrenta el sistema de provisión familiar²².

Un sistema básico con normas preestablecidas resulta fundamental y se puede aplicar a más de una situación. Así, se procede según las normas existentes, según las cuales la parte que corresponde al cónyuge supérstite depende de la supervivencia de otros familiares. Dicho sistema se encuentra avalado por el Código Uniforme de Sucesiones, en el que se establece que el derecho del cónyuge supérstite depende de que la descendencia que le sobreviva sea también la descendencia del cónyuge supérstite²³. Además, se puede definir un sistema de normas preestablecidas que, en sus márgenes, permita el funcionamiento de un sistema discrecional.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley de Sucesión Intestada de 1952, se realizaron las solicitudes según la legislación de provisión familiar en los casos de

¹⁸ Ver L. C. PWP No. 108, *Distribution on Intestacy* párr. 3.7-3.9 y L. C. No. 187, párr. 19 y 20.

¹⁹ L. C. No 187, párr. 21.

²⁰ Ley de Administración de Bienes Sucesorios de 1925, art.49.

²¹ Art.1 (1) (e).

²² Ver Plager, *loc. cit.* n. 4.

²³ Art. 2 – 102.

fallecimientos intestados²⁴. Solo se informó un caso en el que el cónyuge superviviente solicitó la provisión de la masa hereditaria de una persona que había fallecido completamente intestada²⁵. En muchos casos, el cónyuge superviviente heredará, en la práctica, toda la masa hereditaria. Aun si esto no fuera así, el nivel de provisión debería ser, en general, más cuantioso que el nivel de provisión más alto establecido por la Ley de 1975. Si las normas de la sucesión intestada tienen por objeto determinar la provisión que un testador típico hubiera dejado, se esperaría que esta fuera más generosa que la provisión mínima que le corresponde al cónyuge superviviente, según la Ley de 1975, para su sostén y la distribución equitativa de los bienes familiares.

Dado que las normas de sucesión intestada se basan en un modelo único de cónyuge superviviente, no es sorprendente que sean relativamente reducidas las situaciones en las que la solicitud de un cónyuge superviviente tenga éxito²⁶. Quizás, dicha solicitud sea necesaria cuando el fallecido haya agotado la masa hereditaria a través de disposiciones inter vivos a favor de terceros y, por lo tanto, la cantidad de bienes sea demasiado pequeña para aplicar las normas de sucesión intestada. En dichas circunstancias, el cónyuge superviviente deberá realizar una solicitud conforme con la Ley de 1975 para verse beneficiado por las disposiciones de la ley que previenen la anulación de las demandas de herederos legítimos en reclamo de la donación de la masa hereditaria. De esta manera, el beneficiario aumentará el tamaño de la masa hereditaria neta²⁷. Este fue el caso de *Jessop contra Jessop*²⁸ en el cual, la Cámara de Apelaciones consideró apropiado que la porción divisible de la masa hereditaria en una casa, cuyos propietarios habían sido el fallecido y su pareja doméstica en calidad de condóminos con derecho a supervivencia, formara parte de la masa hereditaria neta hasta alcanzar el pago total de £10.000 a favor del cónyuge superviviente solicitante.

La solicitud conforme con la Ley de 1975 será la única alternativa para los hijastros y las parejas domésticas²⁹ y en ninguno de los dos casos se puede decir que el sistema discrecional funciona en los márgenes.

La solicitud presentada por un hijastro solo es posible si este fue tratado como un hijo de la familia en relación con un matrimonio del fallecido³⁰. Esto es válido incluso si el hijastro fuera mayor de edad en el transcurso del matrimonio de su padre o madre con el fallecido³¹. La solicitud efectuada por una pareja doméstica solo será posible si esta cumple con las condiciones establecidas en el párrafo (e) de los art. 1 (1) y 1 (3). El juez debe establecer un equilibrio entre los beneficios que el solicitante recibe del fallecido y los beneficios que el solicitante confirió al difunto para que se demuestre un cierto grado de dependencia del solicitante con respecto al fallecido. No ha sido una tarea sencilla, pero es evidente que en la actualidad se requiere un enfoque más amplio³². En el caso de los hijastros y las parejas domésticas, la provisión se limita a su sostén en contraste con la que reciben los cónyuges supervivientes, la cual es mucho más cuantiosa. Se adoptó una

²⁴ Ver el art. 1 de la Ley de 1975.

²⁵ *Jessop v Jessop* [1992] 1 FLR 591.

²⁶ La postura sería diferente si las normas de sucesión intestada hicieran la distinción entre, por ejemplo, un cónyuge que ha sido el único cónyuge del fallecido y un cónyuge que fue el segundo del fallecido.

²⁷ Por una definición de "masa hereditaria neta", consultar el art. 25(1) y las disposiciones que previenen la anulación de las demandas de herederos legítimos debido a la donación de la masa hereditaria en los art. 8-13.

²⁸ [1992] 1 FLR 591.

²⁹ Una pareja doméstica superviviente (o un hijastro) podrá adquirir un derecho de usufructo de la propiedad que haya sido atribuido al fallecido sobre la base de una confianza construida a través del tiempo o de la creación de un derecho de propiedad.

³⁰ Art. 1 (1) (d) de la Ley de 1975.

³¹ Ver *Re Callaghan* [1985] Fam. 1 y *Re Leach* [1986] Cap. 226.

³² Ver, p. ej., *Bishop v Plumley* [1991] 1 WLR 582.

perspectiva más amplia del criterio de sostén con respecto a las solicitudes de hijastros en los casos de *Callaghan*³³ y de *Leach*³⁴, en los que la propiedad se transfirió a los hermanos y hermanas del fallecido según las normas de sucesión intestada. La *Law Commission* recomendó realizar enmiendas a la Ley de 1975 que favorecerían las demandas interpuestas por las parejas domésticas, las que, aún así, todavía estarían basadas en el criterio de sostén³⁵.

Argumentos a favor de la transferencia completa de la masa hereditaria al cónyuge supérstite

En un gran número de casos, la totalidad de la masa hereditaria se transfiere al cónyuge supérstite porque el valor de esta no excede el valor de la legítima. Dicha situación se refuerza a través del derecho del cónyuge supérstite sobre los bienes muebles y del derecho de supervivencia correspondiente a los condóminos que gozan de este derecho. La *Law Commission* señaló que si se aumentara la legítima a un nivel suficiente que garantizara la provisión adecuada del cónyuge supérstite, se podría cubrir la gran mayoría de los casos³⁶. Afuera quedaría una minoría de casos que requerirían solo una fracción de la masa hereditaria para asegurar la provisión adecuada del cónyuge supérstite. Sin embargo, según la *Law Commission*, no es correcto que los patrimonios cuantiosos sean los que determinen las normas para todos los casos de sucesión intestada. Además, lo más probable es que aquellos que cuentan con una gran masa hereditaria tiendan a redactar un testamento. Una solución posible y limitada al problema de las masas hereditarias cuantiosas, por las cuales bien podrían existir demandas de un grupo familiar más amplio, consistiría en establecer un límite en el tamaño de la porción que heredaría el cónyuge supérstite que no afectara la masa hereditaria promedio. Sin embargo, este quizás no sea el asunto fundamental a la hora de determinar el sistema básico.

El argumento principal es que la solución propuesta por la *Law Commission* aseguraría los alimentos del cónyuge supérstite con los recursos comprendidos dentro de la masa hereditaria y reflejaría la perspectiva moderna del matrimonio como una sociedad conyugal. Además, con el aumento de la expectativa de vida, la necesidad de los cónyuges supérstites de capital que les provea el sostén necesario es de una importancia creciente y se debe contrastar con la posición de los hijos que probablemente sean de mediana edad y aptos para mantenerse a sí mismos económicamente. Si, por el contrario, son menores o todavía no pueden mantenerse a sí mismos, es cuestionable el enfoque según el cual la mejor provisión se brinda a través de la provisión al cónyuge supérstite, a quien se le puede confiar la tarea de cuidarlos, al menos cuando ellos también son los hijos de dicho cónyuge. Esta perspectiva constituye la base del Código Uniforme de Sucesiones revisado de 1990, el cual transfiere la totalidad de la masa hereditaria al cónyuge supérstite cuando toda la descendencia viva del fallecido es también la descendencia del cónyuge supérstite y este último no posee otro descendiente que sobreviva al intestado. Se expresó que: «el difunto no percibe a sus propios hijos como desafortunados. Por el contrario, ve en el cónyuge que lo sobrevive una persona capaz de desempeñar una suerte de dos roles: no solo como su beneficiario primario, sino también como el conducto a través del cual sus hijos se verán beneficiados»³⁷.

³³ [1985] *Fam* l.

³⁴ [1986] Cap. 226.

³⁵ L. C. No. 187, párr. 59. Recomendó una categoría nueva de solicitantes que cubriera a aquellas parejas domésticas que ya poseen el derecho a iniciar acciones judiciales según la Ley de Accidentes Fatales de 1976, art. 1 (3) (b).

³⁶ L. C. No. 187, párr. 30.

³⁷ Waggoner, "The Multiple-Marriage Society and Spousal Rights Under the Revised Uniform Probate Code" (1991) 76 *Iowa LR* 223 en 232.

Argumentos en contra

Los derechos del cónyuge superviviente dependen por completo del estado civil actual y del previsto por la *Law Commission*. El cónyuge superviviente tendrá derecho ilimitado a pesar de que las partes hayan estado separadas. Se exceptúan los casos en los cuales existe una sentencia de separación en vigencia o cuando el matrimonio fue disuelto por una sentencia definitiva de divorcio o anulado a través de una sentencia de nulidad en el caso de un matrimonio anulable³⁸. La duración del matrimonio no es importante, como tampoco lo es el hecho de que alguna de los dos cónyuges haya sido parte de otro matrimonio. Probablemente, los casos con estas características se encuentren en aumento en vista de la alta incidencia de divorcios y de uniones sucesivas. El sistema de normas preestablecidas inevitablemente hará emerger algunos casos complejos en los márgenes y resulta difícil imaginar cómo podría, en la práctica, conciliar la separación informal y el comportamiento inapropiado por parte del cónyuge superviviente. No sería descabellado dejar que dichos casos se resolvieran con los testamentos correspondientes.

Se puede adoptar el mismo punto de vista con respecto a la duración del matrimonio, aunque también existe la posibilidad de formular una norma más sofisticada por la cual la totalidad de la masa hereditaria se transfiera al cónyuge superviviente solo si el matrimonio tuvo una duración específica. La porción de la herencia que el cónyuge superviviente puede reclamar por ley³⁹ según el Código Uniforme de Sucesiones revisado, se calcula sobre el criterio de lo devengado que va desde el 3 % del acervo sucesorio cuando el matrimonio duró uno o dos años hasta el 50 % del acervo si el matrimonio duró 15 años o más. Se acumula primero al 3 % por año del matrimonio y, luego de 11 años, al 4 % por año⁴⁰. El sistema es un tanto artificial y, quizás, arbitrario. Nótese que el Código Uniforme de Sucesiones no utiliza este método para calcular la parte intestada que le corresponde al cónyuge superviviente, sino la porción de la herencia que el cónyuge superviviente puede reclamar por ley y cumple la misma función que la realizada por la Ley de Herencia de 1975 (Provisión para la Familia y los Dependientes) en Inglaterra y Gales, y en la mayoría de las jurisdicciones.

Al formular una norma más sofisticada relacionada con la parte intestada correspondiente al cónyuge superviviente, el Código Uniforme de Sucesiones contempló los casos en los que los hijos son descendientes de uno de los dos cónyuges únicamente⁴¹. Sin embargo, antes de considerar las demandas de los hijos de matrimonios anteriores, es importante tener en cuenta las posibles demandas de aquellos hijos del matrimonio vigente a la fecha del deceso. La propuesta de la *Law Commission* ignora sus derechos incluso si todavía son menores. No obstante, la postura del organismo se asienta sobre una fuerte convicción en que su bienestar, generalmente, se asegura a través de la provisión adecuada del cónyuge superviviente. Por ello, las restricciones sobre el uso de los bienes impiden el funcionamiento de esta tarea⁴². Si el cónyuge en cuestión no puede brindar el cuidado correspondiente a los hijos, se pueden tomar medidas según la Ley de la Niñez de 1989⁴³.

³⁸ Ver L. C. No. 187, párr. 39.

³⁹ No existe un equivalente en el marco jurídico argentino para el concepto de “elective share”. Se trata del porcentaje de la masa hereditaria que el cónyuge superviviente puede reclamar por ley en lugar de la herencia que el causante estableció en el testamento, si la considera insuficiente. (N. del T.)

⁴⁰ Art. 2 – 201. El “acervo sucesorio” se define en los art. 2 – 202 e incluye no solo la propiedad sujeta a ciertas disposiciones inter vivos hechas por el fallecido intestado, sino también a aquella que le pertenece al cónyuge superviviente a la fecha del fallecimiento del intestado.

⁴¹ Art. 2 – 102.

⁴² L. C. No. 187, párr. 37.

⁴³ Art. 15 y Anexo 1. De todas maneras, un hijo puede realizar una solicitud sobre la masa hereditaria del intestado según la Ley de Herencia de 1975 (Provisión para la Familia y los Dependientes), art. 1 (1) (c). Sin

Aun así, la mayor dificultad surge en relación con los cónyuges supervivientes de un segundo matrimonio o de matrimonios posteriores en los que el fallecido intestado deja descendencia de matrimonios anteriores. La *Law Commission* constató que la mayoría de los que respondieron a la encuesta de opinión pública estaba de acuerdo con que dichos cónyuges deberían tratarse de otra manera⁴⁴. La propiedad transferida al cónyuge superviviente no pasará a los hijos de un matrimonio anterior en la sucesión intestada de dicho cónyuge. Aun si el cónyuge superviviente redactara un testamento, pueden surgir conflictos entre las demandas de sus propios hijos y las de los hijos de su cónyuge difunto nacidos de un matrimonio anterior. Por esta razón, a pesar de que gran parte del patrimonio del cónyuge superviviente se haya derivado del cónyuge fallecido, este se transferirá a la familia del cónyuge superviviente antes que a la familia del fallecido.

No obstante, la *Law Commission* determinó que la descendencia de matrimonios anteriores no debería adquirir derechos sobre la sucesión intestada a través de las normas de este tipo de sucesión⁴⁵. La primera razón es que, en ciertos casos, esto significaría que el cónyuge superviviente no recibiera una provisión adecuada. Cabe preguntar entonces, cuál es la definición de provisión adecuada o qué se considera una parte equitativa de la propiedad de la sociedad conyugal. ¿Tiene la misma importancia la demanda sobre la provisión o una parte de la masa hereditaria de un cónyuge en segundas nupcias o de matrimonios posteriores, quien quizás haya estado casado con el fallecido durante un tiempo relativamente corto que aquella interpuesta por un cónyuge casado con el fallecido durante un largo tiempo?

Es difícil contemplar las características del matrimonio al formular una norma fija. Sin embargo, no existe razón por la que este tipo de norma no deba diferenciar los casos con hijos de matrimonios anteriores y aquellos sin este tipo de descendencia. Dicha distinción está prevista en el Código Uniforme de Sucesiones, que además contempla los matrimonios en los cuales el cónyuge superviviente tiene hijos que no son del fallecido. Si esa mínima condición no brindara una provisión adecuada para el cónyuge superviviente, se podría realizar una solicitud conforme con la Ley de Herencia de 1975. Si bien las solicitudes de los hijos de un matrimonio previo son posibles, estas se limitan a los alimentos. Así, los poderes discrecionales podrían funcionar en los márgenes, mientras que la formulación de la *Law Commission* deja poco espacio a dichos poderes para mejorar el sistema fijo de normas.

¿Cómo avanzar?

Identificación del problema

La implementación de la propuesta de la *Law Commission* de transferir la totalidad de la masa hereditaria al cónyuge superviviente en cualquier circunstancia no parece probable. El *Lord Chancellor* determinó que las opiniones expresadas recientemente en la Cámara de los Lores estaban «en contra de la legislación del esquema de la *Law Commission* y a favor de una propuesta más elaborada»⁴⁶. Para considerar cuál sería ese sistema, la primera tarea es identificar las situaciones en las que la norma general de la *Law Commission* no resulta viable. La crítica principal parece estar relacionada con aquellos casos en los que el intestado dejó descendencia de un matrimonio anterior⁴⁷. Sin embargo, no queda claro si existe una opinión generalizada acerca de que la duración del matrimonio con el cónyuge

embargo, solo podrá hacerse con una autorización del juez, luego de que hayan pasado seis meses de la expiración de la emisión de las Cartas de Administración sobre dicha masa hereditaria.

⁴⁴ L. C. No. 187, párr. 41.

⁴⁵ *Ibid.* párr. 42.

⁴⁶ Hansard HL Vol. 538, columna 177, 16 de junio de 1992.

⁴⁷ Quizás sea conveniente considerar la situación en la que el cónyuge superviviente tiene hijos de otro matrimonio.

supérstite sea también un asunto que se deba considerar. La existencia de hijos de un matrimonio anterior quizás se deba a que el matrimonio entre el intestado y el cónyuge superviviente tuvo lugar en una etapa avanzada de la vida y por ende, haya sido de corta duración. No obstante, esta no siempre es la norma. Es muy probable que el matrimonio anterior haya terminado en divorcio y que su duración haya sido menor que la del matrimonio posterior.

La objeción fundamental de aquellos que están en contra de la transferencia completa de la masa hereditaria al cónyuge superviviente parece basarse en la demanda moral de los hijos del matrimonio anterior más que en una preocupación por la importancia de la contribución del cónyuge superviviente a la sociedad conyugal. Sin embargo, se necesita tomar una postura, ya sea a favor o en contra acerca de que la normativa contemple la contribución del cónyuge superviviente al considerar, al menos, la duración del matrimonio. Se puede pensar que este es un factor importante a la hora de determinar el nivel de provisión que el cónyuge superviviente tiene derecho a recibir⁴⁸. Podría decirse que la demanda del cónyuge superviviente para recibir provisión y una parte equitativa de los activos familiares, conforme con su contribución a la sociedad conyugal, constituye la base de la provisión para dicho cónyuge según la legislación sobre provisión familiar. Sin embargo, no queda claro que esta sea razón suficiente para fundamentar la demanda del cónyuge mencionado sobre la masa hereditaria. El objetivo generalmente aceptado en el segundo caso es otorgar una distribución acorde a la provisión realizada por un testador típico. En ausencia de evidencia confiable de la provisión del testador a favor de cónyuges posteriores, ¿es razonable esperar que las normas de la sucesión intestada solo garanticen la provisión para satisfacer las necesidades y la contribución del cónyuge superviviente en líneas generales y que cualquier deficiencia se solucione con la Ley de 1975?

Los procedimientos

Luego de haber identificado los problemas, se pueden examinar los procedimientos que se utilizarán. Si bien quizás sea necesario prestar especial atención al domicilio conyugal, pareciera que existen dos procedimientos básicos que se podrían emplear de forma alterna o combinada.

El primer procedimiento consiste simplemente en otorgar al cónyuge superviviente un derecho vitalicio a la totalidad del patrimonio o solo a una parte de este, que se encuentre al menos por encima de una cifra específica en los casos en los que el fallecido haya dejado descendencia o solo cuando existan hijos del fallecido provenientes de un matrimonio anterior. Además de la desventaja de los derechos vitalicios, en especial cuando el capital es relativamente pequeño, esta perspectiva quizás no brinde al cónyuge superviviente la suma necesaria para su cuidado durante los años de edad avanzada. Dicha deficiencia se puede corregir, según corresponda, a través de una solicitud conforme con la legislación de provisión familiar, con la cual el juez puede tener en cuenta el nivel adecuado de provisión (y la retribución por las contribuciones hechas al matrimonio) de acuerdo con la duración del matrimonio y otros factores.

El segundo procedimiento es otorgar al cónyuge superviviente una suma asegurada, que puede ser un monto específico, una fracción del patrimonio o una combinación de ambos. Dicha suma se podría fijar a un nivel que dependiera de una serie de factores. La existencia de hijos de un matrimonio anterior es una condición previa para la aplicación de este procedimiento. Sin embargo, el monto puede tener en cuenta la existencia de hijos del cónyuge superviviente que no sean del fallecido. Podría considerarse la duración del matrimonio, aunque traería aparejadas varias complicaciones. Otra opción sería seleccionar uno o dos períodos (por ejemplo, diferenciar los matrimonios que hayan durado menos de

⁴⁸ ¿Se debería tener en cuenta la propiedad que pertenece al cónyuge superviviente?

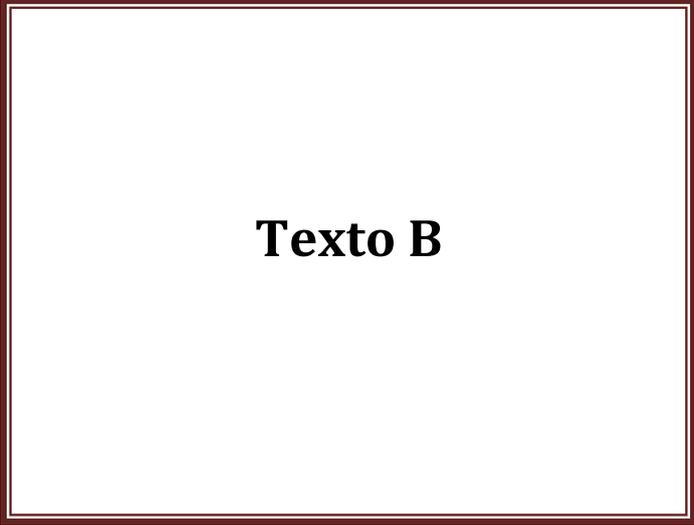
cinco años de aquellos de más de cinco años). Aun así, esta condición es arbitraria. Quizás se termine dejando al cónyuge supérstite sin la provisión adecuada para su sostén, aunque esto dependerá completamente de lo que se considere adecuado.

Por ende, si el fallecido contrajo matrimonio con el cónyuge supérstite tres años antes de su deceso cuando ambos tenían más de 60 años de edad y con hijos de matrimonios anteriores, habrá opiniones variadas con respecto a lo que el cónyuge supérstite debería esperar como provisión razonable del patrimonio. Este tendría la posibilidad de realizar una solicitud según la Ley de 1975 si creyera que el monto fijado es inadecuado para su provisión y que no se corresponde con su contribución al matrimonio.

Esto deja abierta la pregunta acerca de la provisión especial que se debería o no prever en relación con el domicilio conyugal. La primera cuestión es asegurar que el cónyuge supérstite pueda seguir viviendo allí durante el resto de su vida, asumiendo que este proceder sea el adecuado. No necesariamente se garantizará con una suma asegurada, la cual puede ser modesta si se tiene en cuenta la corta duración del matrimonio o si se utiliza una fracción del monto. Por ende, el derecho vitalicio resulta mucho más atractivo en este sentido. Habrá casos en los que el único activo o el activo principal disponible para la suma asegurada del cónyuge supérstite sea el domicilio conyugal. La adquisición de un derecho vitalicio brindará protección en la medida en que el valor de la vivienda exceda esa suma. Además, produciría una igualdad entre las distintas formas de ser propietarios del domicilio conyugal, los casos en los que la vivienda constituye una parte significativa o principal del patrimonio del fallecido y aquellos en los cuales no forma parte de dicho patrimonio debido a que se encuentra alquilada o porque es propiedad del cónyuge supérstite.

Conclusión

Sin lugar a dudas, existe una gran cantidad de opiniones en contra de la propuesta de que el cónyuge supérstite reciba la totalidad del patrimonio intestado, cualquiera sea la circunstancia. Si bien se necesita un conjunto de normas más elaboradas, el primer requisito es llegar a un acuerdo acerca de los factores que moldearán un sistema mejor pensado. Así, cabe preguntar cuáles serían los objetivos de la sucesión intestada y, probablemente, habría que reformular la idea del testador típico. Una vez resueltas estas cuestiones, se podrá comenzar a tratar el problema con eficacia. Asimismo, cualquiera sea el nuevo sistema, este deberá estar basado en una idea clara de la relación entre el sistema de sucesión intestada y el de provisión familiar.



Texto B

Capítulo 16

La Ley de la Niñez de 1989 y los niños «en situación de riesgo»

June Thoburn

Profesora de Trabajo Social, Universidad de East Anglia

Introducción

Este artículo aborda el Capítulo III de la Ley de la Niñez de 1989 y su impacto en los niños «en situación de riesgo». La ley define específicamente el término «situación de riesgo» como la condición necesaria para que los niños y sus familias puedan acceder a los servicios de asistencia⁴⁹. Antes de esta legislación no existía un límite claro entre aquellas familias que podían o que debían recibir los servicios de los Departamentos de Servicios Sociales y las familias que no los requerían. Los trabajadores sociales tomaban decisiones arbitrarias en cada caso para determinar si los niños y sus familias parecían necesitarlos. Luego de la entrada en vigencia de esta ley, si un niño no se encuentra «en situación de riesgo», el trabajador social se habrá excedido en sus atribuciones si pasa más tiempo que el requerido para decidir que ese niño no cruzó la línea de «situación de riesgo». Se exceptúan los casos en los cuales se brindan los servicios que se pueden proporcionar a niños que no se encuentren «en situación de riesgo», conforme a la Ley de la Niñez⁵⁰. Por ende, esta condición de «situación de riesgo» es fundamental. Si, por ejemplo, se evalúa la condición de un niño de quince años y se determina que se encuentra «en situación de riesgo», se le podrá brindar alojamiento a través de la Autoridad Local. Esto implica que la Autoridad deberá también sostener económicamente al joven o complementar otras fuentes de ingreso, cuando sea necesario, para satisfacer la necesidad identificada hasta los dieciocho años de edad. Además, deberá proporcionar una variedad de servicios de asistencia, incluidas, en algunos casos, la ayuda económica y la pensión alimenticia hasta los 21 años. A través de esta evaluación, el joven contará con la posibilidad de obtener una variedad de servicios, que, de otra forma, serían denegados y que exigen una suma de dinero considerable.

Por esta razón, creo que el Capítulo III de la Ley de la Niñez es el más importante, ya que tendrá un impacto profundo en la vida de muchos más niños y jóvenes en relación con aquellos afectados por esas instancias de la legislación que exigen la participación del juez. Entonces, la pregunta que tendríamos que hacernos es por qué ha recibido tan poca atención en los cursos de capacitación y en los debates en la literatura, los cuales han tendido a concentrarse en las medidas de compulsión como la Sentencia para la Evaluación del Niño, rara vez utilizada.

Según los legisladores, *debería* existir un giro fundamental desde un trabajo con los miembros de la familia a través del ejercicio de la compulsión a un trabajo conjunto con padres, hijos y familiares. Si no fuera posible trabajar colaborativamente con dichos miembros, esta labor tendría que demandar, al menos, aptitudes de negociación. El Artículo 17 (1) de la Ley de la Niñez expresa lo siguiente:

“Será el deber general de cada Autoridad Local resguardar y promover el bienestar de los niños que se encuentran en situación de riesgo dentro de su área y, en la medida en que esto sea coherente con ese deber, promover la crianza de dichos niños en sus familias”.

⁴⁹ Ley de la Niñez de 1989, art. 17 (10).

⁵⁰ *Ibid.*, art. 18 (2).

El énfasis está puesto en ayudar a los niños y en promover su bienestar *dentro de sus familias*, y se aclara que:

“cualquier servicio provisto a un niño «en situación de riesgo» podrá ser extendido a los miembros de la familia de dicho niño si se ofrece para resguardar el bienestar del menor»⁵¹.

Por lo tanto, el Artículo 17 no solo brinda acceso a los servicios para el *niño*, sino que, además, contempla a los miembros de la familia. Durante un largo tiempo, antes de la implementación de la Ley de la Niñez, se interpretó que el «principio de primacía del bienestar del niño» no implicaba la necesidad de participación de los padres, especialmente si el hijo se encontraba lejos del hogar. Según esta ley, el trabajador social puede brindar servicios a otros miembros de la familia siempre que dicha medida favorezca al niño «en situación de riesgo».

El siguiente ejemplo demuestra la importancia de la Ley de la Niñez. Si un niño sufre de una discapacidad grave, los padres generalmente invertirán mucho tiempo en ese hijo discapacitado. En estas circunstancias, sería adecuado brindar servicios (por ejemplo, vacaciones), a los otros hijos de la familia que no sufren de discapacidades y que, quizás, no se encuentren «en situación de riesgo». Así, la vida diaria de la familia podría transcurrir sin mayores inconvenientes al aliviar un poco el estrés de los padres y, por ende, ellos serían capaces de satisfacer las necesidades del niño que padece la discapacidad. Otro ejemplo involucra a los niños que pierden muchas clases debido a que la madre sufre de depresión. A pesar de que se podría considerar que el niño está descuidado y, por lo tanto, «en situación de riesgo» o incluso «necesitado de protección», sería más razonable otorgar a la *madre* unas vacaciones pagas que le ayudarían a prevenir el desarrollo de otras enfermedades mentales.

El acceso a los servicios para los niños «en situación de riesgo»

El acceso a los servicios, según se define en el Artículo 17, es, por lo tanto, de suma importancia tanto para los padres como para los hijos. El Artículo 17 (10) enumera tres clases de niños. Un niño se encuentra en situación de riesgo si experimenta la siguiente circunstancia:

“(a) Es poco probable que él o ella alcance o mantenga, o cuente con la oportunidad de alcanzar o de mantener un estándar razonable de salud o de desarrollo sin la provisión de un servicio”.

Por supuesto, la definición dependerá de la interpretación de «estándar razonable de salud o de desarrollo» y de que el niño se encuentre por debajo de ese estándar en la actualidad o en el futuro ante la carencia de algún servicio. La Ley de la Niñez agrega que se debe considerar la salud mental, emocional y física, y que «desarrollo» significa desarrollo emocional, físico y educativo.

Consideremos, por ejemplo, a un menor que vive en un albergue para familias sin hogar. Creo que es muy difícil que un niño que vive con sus padres en este tipo de alojamiento tenga la oportunidad de alcanzar un estándar razonable de salud y de desarrollo. Dichos niños tienden a cambiar de escuela con frecuencia. Por ende, su desarrollo educativo está en riesgo. Además, pueden estar expuestos al abuso físico y sexual, ya que otras personas conviven con ellos en ese lugar, sobre todo, hombres solteros sin hogar o también, hombres con antecedentes penales por delitos contra menores. Otro

⁵¹ *Ibíd.*, art.17 (3).

ejemplo es el de un joven de 16 años quien duerme en las calles. Resultará complicado justificar que su salud y su desarrollo *no* se ven afectados y que *sí* tiene la oportunidad de alcanzar un estándar razonable de salud o de desarrollo sin la provisión de alojamiento, ingresos y una variedad de otros servicios. Evidentemente, mi evaluación no sería profesional si determinara que alguno de los niños en los ejemplos anteriores no se encuentran «en situación de riesgo», a menos que fueran extraordinariamente fuertes o, en el caso del primer ejemplo, que el niño tuviera padres excepcionalmente competentes y preocupados por su bienestar.

El Artículo 17 (10) (b) implica una condición para el acceso a los servicios que, en muchos aspectos, es similar a la condición de la sentencia de custodia estatal y a la sentencia de seguimiento del menor por parte de un trabajador social. El niño se considera «en situación de riesgo», según el inciso mencionado a continuación, si su salud o su desarrollo:

“probablemente se vean gravemente limitados o mucho más limitados sin la provisión de los servicios”.

Esta definición se encuentra muy relacionada con aquellas sobre daños graves o probables daños graves mencionados en los Artículos 31 y 47, que deben existir para que se emita una sentencia de custodia estatal. La diferencia radica en que, según el Artículo 17, la limitación grave no necesariamente se deriva de una acción o una inacción por parte de una persona con responsabilidades parentales, o del hecho de que el niño se encuentre fuera de control como sucede con la sentencia de custodia estatal.

La tercera clase de niños «en situación de riesgo» abarca a aquellos con una discapacidad claramente definida. Algunos que padecen serios problemas de salud o discapacidades graves pueden no estar contemplados en esta definición tan acotada. Sin embargo, reúnen las condiciones para que se les brinde un servicio según los incisos (a) o (b).

Al referirme a los niños desamparados o que viven con sus padres en un albergue para familias sin hogar, remarqué la posibilidad de definir a grupos completos de niños como niños «en situación de riesgo» quienes, por lo tanto, reunirán las condiciones para obtener los servicios básicos conforme a la Ley de la Niñez sin pasar por la humillación de otra evaluación. Un grupo de madres en Sheffield asegura que los jóvenes que viven en edificios de gran altura se encuentran «en situación de riesgo» debido al poco espacio disponible para jugar y a los peligros de que lo hagan sin la supervisión de un adulto en el área de juego ubicada en la parte inferior del edificio. Ellas demandan un subsidio para otorgar a los niños instalaciones de juegos supervisadas. Algunas autoridades en el país están identificando ciertas áreas y proveyendo una variedad de servicios, tales como proyectos lúdicos locales, cooperativas de crédito y de alimentos. Un informe provisional de investigación llevado a cabo por Aldgate, McBeath y Tunstill que fue incluido en la Segunda Revisión Anual de la Ley de la Niñez⁵², enumera los grupos de prioridad identificados de esta manera por diferentes Autoridades Locales.

El Capítulo III se complementa con tres documentos emitidos por el Departamento de Salud, los cuales clarifican sus objetivos⁵³. Estos se pueden utilizar a modo de “manual” para conocer las prácticas de la asistencia social a la familia y a la niñez que los trabajadores sociales profesionales, por lo general, consideran aceptables. La Guía está

⁵² DoH, “*Report of the Secretary of State on the First Year of the Children Act 1989*” (HMSO, 1993).

⁵³ Los tres documentos se denominan “*Principles and Practice in Regulations and Guidance*” (HMSO, 1989), “*Introduction to the Children Act*” (HMSO, 1989) y “*Regulations and Guidance*” vol. 2 (“*Family Support*”) y vol. 3 (“*Family Placements*”) (HMSO, 1991).

escrita de manera clara y todos los abogados y trabajadores sociales dedicados a la atención infantil deberían contar con una copia. La Guía sobre Asistencia a la Familia explica que los legisladores realmente *tuvieron* la intención de hacer hincapié en este tipo de asistencia y quisieron orientar las prioridades en ese sentido, en lugar de concentrarse en la compulsión.

“Las Autoridades Locales necesitarán revisar todas las políticas existentes en relación con la atención infantil y deberán volver a examinar sus prioridades”.

“El énfasis de la Ley de la Niñez en la asistencia a la familia y en la colaboración de los padres obliga a las Autoridades Locales a adoptar un nuevo enfoque sobre los servicios de atención infantil”⁵⁴.

Servicios para los niños en situación de riesgo y sus familias

El Anexo 2 de la Ley de la Niñez expresa que los siguientes servicios pueden asistir a los padres y a los niños «en situación de riesgo». No obstante, la Guía también promueve la flexibilidad en el momento de decidir cómo satisfacer las necesidades individuales:

- instrucción, guía, asesoramiento;
- servicios a domicilio (que incluyen servicios de lavandería);
- actividades ocupacionales, sociales, culturales y recreativas;
- asistencia para realizar viajes y utilizar estas instalaciones;
- asistencia para organizar las vacaciones de los niños y las familias;
- centros familiares;
- guardería para niños menores de cinco años y centros de atención infantil durante el período escolar y las vacaciones para niños menores de ocho años;
- alojamiento para niños cuyos padres no pueden cuidarlos y atención temporal para niños cuyas familias se encuentran en situación de estrés.

Las Autoridades Locales deben tomar las medidas convenientes para informar a las personas que los servicios se encuentran disponibles y para decidir quiénes reúnen las condiciones para acceder a ellos. El gobierno adoptó una muy buena medida al producir y distribuir material de divulgación atractivo y sencillo para padres y niños⁵⁵. El objetivo era que estuviera disponible en bibliotecas, clínicas y oficinas de Servicios Sociales. Personalmente, mi compromiso ha sido entregar copias a los estudiantes de trabajo social que están realizando las prácticas y a quienes recomiendo encarecidamente que ofrezcan el material de divulgación a los padres y niños mayores involucrados en sus casos. Lamentablemente, esto no parece ser habitual entre los trabajadores sociales.

Además de tomar medidas para que los niños que posiblemente se encuentren en situación de riesgo y sus familias reciban información, las Autoridades Locales deben mantener un registro de los niños discapacitados en su área y evaluar las necesidades de aquellos que tal vez se encuentren «en situación de riesgo» al mismo tiempo que se realizan las evaluaciones exigidas por otras leyes como la Ley de Educación de 1981⁵⁶. Antes de brindar estos servicios, las autoridades deben tener en cuenta las necesidades étnicas, culturales y religiosas de las minorías residentes en el área y pueden, en circunstancias excepcionales, entregar dinero en efectivo.

Un cambio sumamente importante digno de mencionar es que la provisión de alojamiento constituye uno de los servicios de asistencia a la familia. Para aquellos que

⁵⁴ DoH, “*The Children Act 1989. Regulations and Guidance*” *op. cit.* n. 5 arriba.

⁵⁵ DoH, “*The Children Act and Local Authorities – A Guide for Parents*” y “*The Children Act and You – A Guide for Young People*” (HMSO, 1991).

⁵⁶ Ley de la Niñez de 1989, Anexo 2, párr. 3.

están familiarizados con la legislación anterior, esta perspectiva del alojamiento como un tipo de servicio es muy distinta de la noción de “atención voluntaria” que los trabajadores sociales debían evitar que ocurriera⁵⁷. La Ley de la Niñez reconoce que la mayoría de los padres puede beneficiarse de un pequeño descanso sin sus hijos y que, las familias que se encuentran en situación de estrés, ya sea debido a condiciones climáticas, problemas personales o relacionados con sus hijos, pueden encontrar una ayuda especial a través de la atención temporal para los niños⁵⁸. De acuerdo con esta ley, el alojamiento a los niños es un *servicio* que se provee cuando fuera necesario junto con la guardería y otros servicios de asistencia.

El proceso de satisfacción de las necesidades

Dada la importancia de los servicios a las familias que se encuentran en situación de estrés, es fundamental que estas sepan hasta qué punto pueden ejercer su derecho de reclamarlos. Es decir, se les debe manifestar claramente si el niño reúne las condiciones para acceder a los servicios.

Una vez que el niño y la familia hayan satisfecho estas condiciones y se les haya proporcionado esa información, se puede comenzar a hablar acerca de los servicios que los ayudarán. Además, según explica la Guía, es en esta etapa del proceso donde la Autoridad Local debe determinar las prioridades. Asimismo, es importante notar que existe una responsabilidad conjunta:

“Cuando la Autoridad Local considere que cualquier autoridad podría, a través de acciones específicas, asistirle en sus funciones según el Capítulo III, el Departamento de Servicios Sociales deberá solicitar la ayuda de dicha autoridad para la persona en cuestión y esta autoridad deberá aceptar la solicitud a menos que no se corresponda con sus deberes legales”⁵⁹.

Por lo tanto, reunir las condiciones del Artículo 17 para acceder a los servicios como un niño «en situación de riesgo», no solo establece el derecho de obtener la provisión del *trabajo social* y otras ofrecidas por el Departamento de Servicios Sociales. Además de esto, debería otorgar prioridad de acceso a los servicios educativos, de salud y de vivienda. Enfatizo la vivienda ya que es un bien escaso, especialmente para las familias de bajos recursos con hijos pequeños y para los jóvenes que ya no pueden permanecer en el hogar familiar.

Varios Departamentos de Servicios Sociales no parecen haber entendido este punto. Con frecuencia, se utilizan estrategias de control cuando los padres o los jóvenes solicitan asistencia. Esto se debe a la presión ejercida sobre los recursos, agravada por el límite tributario del consejo y por la necesidad de garantizar que los escasos recursos existentes sean utilizados a favor únicamente de aquellos que se encuentren en situación de riesgo mayor. Antes de la Ley de la Niñez, esta era una reacción comprensible ante el temor de verse sobrepasados (ya que los trabajadores sociales eran los que controlaban el tiempo y los servicios). Luego de la implementación de la ley, ese tipo de actitud se ha tornado preocupante, ya que no solo toman las decisiones sobre sus propios servicios, sino que también determinan la prioridad de otros servicios: vivienda, educación y salud. Tal vez no sea apropiado que los servicios de *trabajo social* se brinden en respuesta a la necesidad que se evaluó. Sin embargo, al otorgar a la familia la información acerca de que cruzaron la

⁵⁷ Ley de Atención a la Niñez de 1980, art. 1. Para más información sobre el desarrollo del concepto «prevención», consultar Thorburn, “*The Role of the Local Authority*” en *Triseliotis and Marsh* (editores) *Prevention and Reunification in Child Care* (Batsford, 1993).

⁵⁸ Aldgate, “*Respite Care*” en *Triseliotis and Marsh op. cit.*, n. 9 arriba.

⁵⁹ Ley de la Niñez de 1989, art. 27.

línea de «situación de riesgo», los trabajadores sociales las habilitan a que obtengan asistencia prioritaria a través de alguno de los servicios.

El énfasis que manifiesto acerca de las disposiciones sobre asistencia de la Ley de la Niñez y sobre la naturaleza inclusiva del Artículo 17 puede sorprender a aquellos que estén familiarizados con la forma de desempeñarse de los Departamentos de Servicios Sociales y quizás puedan reconocer dos afirmaciones que se expresan con frecuencia. Una es: “solo trabajamos con casos previstos por la legislación” y la otra: “solo realizamos trabajo de protección infantil y no hacemos trabajo de prevención”. Creo que ambos enunciados demuestran una falta de comprensión básica de la legislación. En primer lugar, el Artículo 17 *es* parte de la legislación. La Ley de la Niñez señala que las Autoridades Locales *deben* brindar servicios a los niños «en situación de riesgo». No dice que *pueden* hacerlo, a pesar de que no explica cuáles son los servicios específicos que se deben proporcionar para cubrir una necesidad determinada.

Además de no ajustarse al espíritu de la ley ni a lo que ella expresa, estas afirmaciones son incorrectas desde el punto de vista práctico. Según investigaciones sobre prácticas pasadas y presentes, los trabajadores sociales dedican la mayor parte del tiempo al trabajo de asistencia familiar. Esto se debe a que, frecuentemente, un niño que puede necesitar protección es un niño «en situación de riesgo» según la definición del Artículo 17. Por ende, en muchos casos, los trabajadores sociales deben hacer una elección: brindar los servicios obligatoriamente, a través de un juez; o pueden hacerlo voluntariamente, por medio del Capítulo III de la Ley de la Niñez. Los estudios indican que la mayoría de los servicios para niños que pueden estar necesitados de protección se brindan conforme al Capítulo III. El Anexo 2 de la ley revela que esto era lo que se quería lograr:

“La Autoridad Local llevará a cabo los pasos convenientes para la provisión de servicios conforme al Capítulo III de esta ley, a fin de impedir que los niños de su área sufran abusos o negligencia”.

No dice que “a través de un juez, se impedirá que los niños sufran abusos o negligencia”, sino que aclara: “conforme al Capítulo III”.

Los niños que estén necesitados de protección, incluidos aquellos sujetos a las investigaciones según el Artículo 47, deberán, cuando sea posible, recibir servicios en calidad de niños «en situación de riesgo», de manera voluntaria. Los procedimientos judiciales se llevarán a cabo únicamente cuando no fuera posible negociar formas de proteger al niño con las personas que poseen la responsabilidad parental. En este sentido, lo que los trabajadores sociales pueden estar diciendo al afirmar que “no hacen trabajo de prevención” o que “solo realizan trabajo de protección infantil” es que concentran sus recursos y esfuerzos en los casos que reúnen las condiciones para ser contemplados por el Artículo 17 (10) (b). Es decir, en aquellos que corran el riesgo de sufrir un deterioro grave de la salud o del desarrollo si no se brindan los servicios conforme al Capítulo III.

Lamentablemente, esto acarrea como consecuencia que varios casos de niños en situación de riesgo muy elevado, según el Artículo 17, innecesariamente se encaucen en investigaciones (de protección infantil) conforme al Artículo 47. Una madre que sufre de depresión puede manifestar al asistente sanitario que “ya no puede más”. El asistente sanitario, luego, solicita al Departamento de Servicios Sociales una plaza en una guardería. Al recibir la respuesta de que las plazas están reservadas para niños necesitados de protección, la familia o el asistente sanitario se ven forzados a alegar que hay momentos en los que el niño puede quedar expuesto al maltrato como resultado del estrés que existe en la familia. Entonces, quizás se brinde la plaza en la guardería o no. Sin embargo, la familia carga con una responsabilidad adicional, ya que deberá registrar al hijo como un niño «necesitado de protección». Por esta razón, las estadísticas sobre la protección infantil son

tan variadas en todo el país, ya que algunos organismos brindan los servicios para niños «en situación de riesgo» según las disposiciones administrativas sobre «necesidad de protección» de los Comités para la Protección del Niño del Área⁶⁰. Se puede observar que, entre dos grupos de áreas vecinas (con problemas similares dentro de sus comunidades), es posible que uno tenga muy pocos niños en su registro de protección infantil. Esto se debe a que, luego de haberse realizado la investigación sobre una denuncia en particular, según el Artículo 47, se brindarán los servicios requeridos conforme al Capítulo III de la Ley de la Niñez, sin considerar que sea necesario registrar al niño, excepto en casos muy graves. Al mismo tiempo, el registro del área vecina quizás esté sobrepasado de casos que podrían ser tratados con mayor propiedad a través de las disposiciones del Artículo 17. Las últimas cifras del registro de protección infantil indican que la proporción de niños registrados varía entre las distintas Autoridades; por ejemplo, de 6,9 cada mil niños menores de 18 años en Nottinghamshire a 3,1 cada mil niños en Hackney. Evidentemente, no se puede alegar que la diferencia entre estas dos jurisdicciones radica en que las familias de Hackney no poseen tantos problemas como las familias de Nottinghamshire⁶¹.

Debemos considerar tres cuestiones que se desprenden de los inconvenientes generados por la provisión de servicios de atención infantil a través de los procedimientos de protección infantil. Primero, se contradice con la filosofía de la Ley de la Niñez, la cual defiende el trabajo colaborativo con los padres y realza la responsabilidad parental cuando esto sea posible. Segundo, clasificar innecesariamente a la familia o al niño como una familia agresora o como un niño maltratado es contraproducente para el bienestar de esa familia y de ese niño. Por último, es una forma más costosa de proporcionar un servicio, ya que, es evidente que las familias se rehúsan a ser catalogadas, sin necesidad, como familias agresoras. Por ende, los trabajadores sociales deben invertir una gran cantidad de tiempo para calmar a las personas y para lograr explicarles que aparecer en el registro de protección infantil, en realidad, es algo bueno y provechoso para recibir los servicios que precisan.

Conclusión: defensa de los niños en situación de riesgo

En conclusión, creo que la condición de «situación de riesgo» establece una clasificación que favorece la discriminación positiva para poder obtener una amplia variedad de servicios. Cuando se accede a ese sistema, es decir, una vez que se registra el estado del niño como «niño en situación de riesgo», se puede recurrir a los servicios de organismos voluntarios y oficiales.

Por supuesto, no es una tarea sencilla. En primer lugar, el acceso a los recursos puede ser tan complicado que los familiares y sus abogados quizás no vean el sentido a atravesar todo el proceso si el único servicio que necesitan (por ejemplo, una plaza en una guardería) no está disponible porque ya está ocupado por niños que se consideran «necesitados de protección». La respuesta que daría a aquellos que siguen esta línea de pensamiento está basada en una perspectiva que contempla los «derechos». Si no se informa al padre o al joven que ellos reúnen las condiciones para acceder al sistema, se les negará a esas personas la posibilidad de presentar un reclamo para apelar la decisión de que el niño no se encuentra «en situación de riesgo» o de que su condición no es lo suficientemente prioritaria como para recibir el servicio solicitado. Si una Autoridad Local obstaculiza la capacidad de actuación de los trabajadores profesionales al volver a definir el término «situación de riesgo», esos grupos (probablemente aquellos descriptos en el

⁶⁰ DoH, *“Working together under the Children Act 1989: a Guide to Arrangements for Inter-Agency Cooperation for the Protection of Children From Abuse”* (HMSO, 1991).

⁶¹ DoH, *“Children and Young People on Child Protection Registers Year Ending 31 March 1992: England”* (HMSO, 1993).

Artículo 17 (10) [a]) no tendrán acceso al sistema. Por lo tanto, se puede afirmar que será conveniente llevar a cabo una Revisión Judicial.

En segundo lugar, es probable que muchos padres se vean afectados negativamente al tener que brindar evidencia para demostrar que su hijo se encuentra «en situación de riesgo». Quizás se sientan culpables o perciban que su capacidad para actuar como padres es deficiente. Es importante llevar a cabo una investigación para identificar el efecto de esta terminología en los padres y para considerar si *realmente* sus capacidades parentales y autoestima están disminuidas, ya que deben probar ante un trabajador social que su hijo se encuentra en situación de riesgo. Algunos de mis colegas que investigan la implementación de la Ley de la Niñez (en especial, Aldgate, Tunstill y McBeath, cuyas investigaciones se incluyen en el informe al parlamento durante el primer año de entrada en vigencia de la ley⁶²) creen que se trata de un término estigmatizador, sobre todo, si se vincula con los Departamentos de Servicios Sociales, que se asocian al fracaso como padres. Por ello, «situación de riesgo» es un término estigmatizado. Aun no sabemos el grado de disposición de las familias para acercarse al Departamento de Servicios Sociales y demostrar que su hijo se encuentra «en situación de riesgo» a fin de que reciba servicios que quizás sean esenciales para alcanzar un estándar razonable de salud o de desarrollo.

Es importante saber si *existe* un elemento disuasivo en la definición de «situación de riesgo» o en la forma en la que esta se lleva a la práctica, en vista del valor potencial de los servicios que pueden estar disponibles. La evaluación se debe basar en una interpretación profesional de que el niño en este conjunto de circunstancias cumple o no con algún criterio del Artículo 17. No pueden existir limitaciones, impuestas por el organismo, sobre dicha evaluación. Cuando se llevaban a cabo los preparativos para implementar la Ley de la Niñez, algunas Autoridades Locales elaboraron pautas que podrían haber reducido el acceso al sistema solo a los niños necesitados de protección según el Artículo 17. El Departamento de Salud redactó una misiva en la cual se expresaba que esta nueva definición de la Ley de la Niñez era inadmisibles. Asimismo, esta recomendación se añadió a la Guía:

La definición de «situación de riesgo» en la ley es deliberadamente amplia a fin de reforzar el énfasis en la asistencia y en los servicios preventivos a las familias. Posee tres categorías: estándar de salud o de desarrollo razonable, deterioro grave de la salud o del desarrollo, y discapacidad. No sería aceptable para una autoridad excluir cualquiera de las tres; por ejemplo, al limitar los servicios a niños en riesgo de sufrir daños graves, lo cual conlleva el deber de realizar una investigación conforme al Artículo 47... Esta Guía no establece criterios sólidos ni prioridades generales, ya que la ley obliga a cada autoridad a decidir el nivel y el alcance de los servicios adecuados a los niños «en situación de riesgo» en su área. Sin embargo, debido a que la definición se encuentra en la ley, una autoridad local no puede sustituir legalmente cualquier otra definición para satisfacer los propósitos del Capítulo III⁶³.

Concluyo retomando el argumento del comienzo. El Capítulo III de la Ley de la Niñez tiene la capacidad de producir un profundo impacto en las oportunidades de la vida de niños y jóvenes solo si ellos y sus padres son conscientes de sus derechos conforme a este Capítulo. Mi anhelo es que los centros de derecho, consejeros y abogados adopten una actitud proactiva para ayudar a padres y jóvenes a fin de elaborar el mejor caso posible para reclamar esos derechos.

⁶² *Op. cit.*, n. 4 arriba.

⁶³ DoH, “*The Children Act 1989. Regulations and Guidance*”, vol. 2, 5 a 6.