



CAPÍTULO

UNO

ESTÁNDARES DE
DERECHOS HUMANOS
PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS
VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN SEDE JUDICIAL

EL MENOR DE EDAD VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL:

garantías procesales y deberes
de prestación positiva del Estado*

Mary Beloff¹

1. Quiero comenzar esta breve exposición con un comentario sobre las colegas, cuyas presentaciones integran también el presente capítulo. Ello así porque, en los inicios de mi carrera, ambas –en contextos diferentes– me enseñaron dos cuestiones que aún hoy guían mis reflexiones y por las que les estoy agradecida.

Me refiero, por un lado, al problema de la confusión entre el derecho penal y la política social o, en otras palabras, la utilización del derecho penal como política social focalizada, cuestión sobre la que indagó durante mucho tiempo la Dra. Fellini; por el otro, a la crítica fuerte al argumento de que el precio que tenían que pagar los menores de edad para que se respetaran sus garantías procesales era ingresarlos al derecho penal o, más claramente, reducir la edad de imputabilidad. Marisa Graham objetó ese razonamiento desde los inicios en los que fue planteado en la Argentina. Eso ocurrió hace muchos años cuando yo estaba frente a –podría decirse– “un obstáculo epistemológico”, es decir, tenía una mirada algo ingenua respecto de la relación entre la ley penal y su capacidad para incidir en la generación de un mundo mejor, de menor violencia. Veinte años después la experiencia latinoamericana revela que ella estaba en lo cierto².

2. Uno de los objetivos de esta publicación consistía en que presentara los estándares internacionales referidos a la protección de los menores víctimas de delitos; en otras palabras, cuáles son las reglas que rigen la cuestión de los menores víctimas de delitos en los ámbitos regional y universal de protección de derechos humanos.

Sin embargo, en general, los profesionales del ámbito conocen o bien están informados sobre la existencia y el contenido de esas normas; además, existen otras publicaciones donde se detallan exhaustivamente las normas internacionales³.

De todos modos, considero necesario referirme a algunas normas muy específicas con la

2 Aludo al proceso de reformas legales latinoamericanas centrado en la represión penal a los menores en nombre de sus garantías procesales y sus derechos humanos. El argumento esgrimido consiste en que es preciso reducir la edad penal (esto es, la edad de ingreso al sistema penal) para que los menores de edad puedan disfrutar de sus derechos y garantías penales y no a la inversa: hay que dar garantías porque los menores están en un sistema penal en sentido material. ¿Podría haber un derecho penal sin garantías? A poco que se analiza el argumento es claramente difícil de sostener. No “es preciso” reducir la edad penal para que existan garantías sino a la inversa: porque alguien se encuentra en un proceso judicial penal es titular de derechos y garantías.

3 Véase, por ejemplo, *Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres. Compendio legislativo nacional e internacional para la protección de sus derechos*, Buenos Aires, UNICEF, 2010.

* Este trabajo está dedicado a la memoria de Luis Paoloni, funcionario, esposo, padre y colega ejemplar, para quien el acceso a la justicia de los más desaventajados no fue una cuestión retórica y trabajó toda su vida para concretarlo.

Agradezco a Martiniano Terragni tanto su paciente lectura del texto cuanto sus generosos comentarios y aportes de jurisprudencia emblemática de los temas tratados.

Exposición en el Panel I del mismo nombre en el Seminario: *Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos: protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías* organizado los días 23 y 24 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

intención de dejar en claro que, a diferencia de otras cuestiones, el plano legal y la incorporación de estándares internacionales sí están resueltos en la Argentina. Por supuesto, existen matices y discusiones respecto de los alcances de las normas o disposiciones que no son lo suficientemente claras pero, en líneas generales, es posible concluir que en la Argentina, tanto en las diferentes jurisdicciones como a nivel federal existe un entramado normativo complejo que reconoce una cantidad de derechos a las víctimas de delitos menores de edad.

En la Argentina, tanto en las diferentes jurisdicciones como a nivel federal existe un entramado normativo complejo que reconoce una cantidad de derechos a las víctimas de delitos menores de edad.

3. Este panorama normativo tiene algo de novedad pero no tanto por razones vinculadas con la cuestión específica de la protección especial a los niños y niñas sino por las transformaciones de las que es objeto desde hace dos décadas la justicia penal argentina, la cual –de forma lenta, con cimbronazos y retrocesos en muchos casos evitables– intenta adquirir características de modernidad y compatibilidad con los compromisos internacionales que el país ha asumido.

Me refiero concretamente a las dificultades de superar los modelos inquisitivos clásicos en los que la víctima (menor o mayor) no tenía ninguna participación, con la aprobación de leyes y sistemas a medio camino –conocidos como sistemas inquisitivos reformados– que son los que rigen en casi la mitad de las jurisdicciones y se caracterizan por mantener un rol debilitado de la víctima. Esas dificultades se expresan en la imposibilidad de implementar definitivamente modelos adversariales en los cuales la víctima tiene un protagonismo fundamental para un mayor y mejor reconocimiento de sus derechos de acuerdo con las exigencias constitucionales⁴.

A pesar de las dificultades es indudable que, respecto del tema en análisis, la justicia penal se ha transformado en un buen número de jurisdicciones en la medida en que éstas incorporaron tratados de derechos humanos y los comenzaron a aplicar directamente en los casos sometidos a estudio y juzgamiento en el sentido de permitir una mayor presencia de la víctima en el proceso.

A la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio se suma la idea de que los niños tienen derecho a una protección especial.

4. A la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa (ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico) y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio –escenario que presenta a una víctima con derechos reafirmados– se suma la idea de que los niños (esto es, los menores de dieciocho años de edad de acuerdo con el art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño) tienen derecho a una protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En un caso paradigmático de esta confluencia de garantías de los menores de edad y de las víctimas de igual condición, que permitió superar las restricciones de la normativa procesal mediante la aplicación directa de normas internacionales, la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dispuso lo siguiente: "Si bien asiste razón al magistrado instructor, en cuanto a que al ser L. P. S. menor de edad le estaría, en

4 Podrían analizarse una cantidad de conflictos derivados del reconocimiento constitucional (a partir de la incorporación de diversos tratados de derechos humanos) tanto de los derechos de las víctimas cuanto de los imputados de delitos, pero no es la oportunidad para hacerlo. Varios trabajos de esta publicación contemplan y profundizan en las tensiones normativas.

principio, vedada la posibilidad de constituirse en parte querellante, debiendo asumir tal rol su representante legal (art. 82, 2° párrafo de CPPN), deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias del caso, en cuanto a que la menor se encuentra en una situación de precariedad, y que, según ha denunciado, habría sido víctima también de graves delitos cometidos por su padre y su madre. Por otra parte, debe destacarse que el progenitor de la damnificada fue imputado en las presentes actuaciones y que el Sr. fiscal, en su dictamen, solicitó que se librara orden de detención en su contra a fin de que se le recibiera declaración indagatoria, circunstancia que toma técnicamente incompatible la posibilidad de que asuma el rol de querellante. Tampoco consta en las actuaciones que exista otra persona vinculada a ella que se encuentre en condiciones de legitimar sus intereses en esta sede (...). Debe acudirse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inc. 22 de la CN, que otorga a los menores –a criterio de esta Sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (Artículo 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infra-constitucional (en este caso el artículo 82 del CPPN) restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención”⁵.

De modo que, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña. Esa doble protección especial es reconocida –con diferentes matices– en gran parte de las jurisdicciones de este país e incluso en el ámbito federal.

En este sentido vale recordar que aún con anterioridad a que las normas procesales especiales de protección de la declaración de las víctimas menores de edad se incorporaran formalmente a la justicia penal⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había iniciado el camino de reconocimiento efectivo de derechos en un caso en el que no se hizo lugar a la undécima convocatoria a prestar declaración testimonial de una niña con este argumento que equiparó la decisión a definitiva: “El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior”⁷.

Conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña.

5. a) En lo que sigue me interesa concentrarme en un aspecto del entramado normativo que ampara al niño víctima de delito relacionado con el hecho de que en todas las normas internacionales –no sólo en las normas referidas a la niñez– de protección de derechos humanos, se regula el debido proceso legal para cualquier persona que está vinculada a un procedimiento o proceso (administrativo, penal, y aún en procesos en donde la acción es privada, etc.); vale reiterarlo, no sólo respecto del imputado de delito. Ejemplo de lo expuesto son el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

5 Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, “S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante”, resuelta el 18/03/04.

6 Cfr. Ley n° 25.852 que incorpora los artículos 250 bis y ter del Código Procesal Penal de la Nación.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto -causa N 42.394/96-” resuelta el 27/6/02 y publicada en Fallos 325:1549.

Ello, no obstante una reforma relativamente reciente al art. 175 del Código Procesal Penal de la Nación cuya motivación o racionalidad no resultan del todo claras, impide que el denunciante se exprese verbalmente al formular la denuncia ante el Ministerio Público, ya que ahora se requiere que sea presentada por escrito. Más allá de la comodidad para el operador de que le entreguen por escrito la denuncia y –en otro sentido–, más allá de la certeza para la víctima de los alcances de su presentación al formalizarla, no parece de modo alguno que la reforma aporte a un mayor y mejor acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Si uno piensa que la mayor parte de las denuncias, por la propia selectividad del sistema penal, de los imputados y también de las víctimas, se relaciona con personas que por su condición social o eventualmente –en el tema en análisis, además, por su edad– no les resulta fácil redactar una denuncia, la reforma del proceso penal en el sentido indicado impide que la mayoría de las víctimas en situación de vulnerabilidad puedan concretar el relato del drama que han pasado frente a una autoridad del Ministerio Público Fiscal. Esto representa claramente un retroceso al desconocerse principios elementales de derecho internacional que están reconocidos para las víctimas de manera expresa, tales como un abierto, amplio, completo y fácil acceso a la justicia⁸.

El núcleo duro de la protección legal es el art. 18 de la Constitución que alude al modo en que deben tratarse las personas involucradas en un proceso. Los tratados internacionales agregan matices, complementan, desarrollan ese núcleo básico pero sin agregar sustancialmente nada nuevo.

En la República Argentina, además, dicha reforma afecta los principios de no regresividad y de progresividad en la medida en que el amplio derecho de acceso a la justicia de las víctimas ya estaba reconocido en el derecho argentino al permitirse en la versión anterior del artículo que la víctima pudiera ser escuchada en su denuncia. Ahora se le dice que no se la "escucha" más y que la denuncia la tiene que presentar por escrito. Mucho mayor, como se señaló, es la contrariedad con las normas mencionadas cuando se trata de víctimas menores de edad, por la doble protección que éstas poseen.

Pero con independencia de algunas de las situaciones que ocurren –entre otros motivos– debido al desorden de la producción legislativa, en lo que se refiere a estándares de mayor intensidad normativa como los internacionales, la protección legal a la víctima de delitos menor de edad es completa y precisa.

b) Por otro lado, todo el derecho internacional de los derechos humanos puede leerse en el derecho interno argentino como un desarrollo del debido proceso legal, por lo que cualquier afectación de esas claras disposiciones de derecho internacional va directamente en contra del art. 18 de la Constitución Nacional. No hay mucho más en las normas internacionales. El núcleo duro de la protección legal es el art. 18 de la Constitución que alude al modo en que deben tratarse las personas involucradas en un proceso. Los tratados internacionales agregan matices, complementan, desarrollan ese núcleo básico pero sin agregar sustancialmente nada nuevo.

8 Sobre la cuestión, ver la Directriz 10 de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* –aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005–: "Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral." En esas Directrices se destaca además que los niños deberán ser tratados como personas con sus propias necesidades, deseos y sentimientos personales (Directriz 11); que todas las interacciones descritas en las mismas Directrices deberán realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad (Directriz 14); que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitirse la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, mediante ayudas para prestar testimonio o la utilización de expertos en psicología (Directriz 31.c); y que debe velarse porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas (Directriz 31.b).

Debe recordarse, asimismo, que el debido proceso legal del derecho anglosajón equivale en el ámbito del derecho continental al derecho de defensa en juicio. En la actualidad –y respecto del tema en análisis– este intenso derecho de defensa está en una gran tensión normativa con un igualmente fuerte derecho a la protección legal de la víctima que se encuentra en un proceso penal⁹. La tensión entre derecho del imputado y derecho de la víctima se refleja en todo lo relacionado con el debido proceso legal: derecho a ser oído, a contar con asistencia legal, a que las medidas adoptadas puedan ser recurridas, al principio del contradictorio, etc. Gran parte de las garantías reconocidas al imputado pueden derivarse también de los tratados internacionales para las víctimas de los delitos como parte de su derecho a acceder a la justicia pronta y expedita y a una reparación adecuada.

En el caso de una víctima menor de edad –tal como se dijo– esa protección legal procesal se encuentra reforzada porque los menores de edad en el derecho internacional tienen una protección adicional¹⁰. Por ello, cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. Tal es el caso de la discusión de la validez de las declaraciones producidas mediante la utilización de la cámara Gesell objeto de esta publicación¹¹. Como es sabido, se ha justificado la declaración de nulidades sobre la base de la falta de participación y control suficiente de estas declaraciones por parte de la defensa, nulidades que en algunos casos han implicado un reenvío del asunto para un nuevo juicio (con evidentes consecuencias de una re-victimización sin fin) o bien directamente el dictado de una absolución o un sobreseimiento en hechos gravísimos que tienen por víctimas a menores de edad que habían sufrido agresiones sexuales¹².

De manera que en el punto de la tensión entre los derechos del imputado, basados en su mayor debilidad durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño víctima¹³. La solución más frecuente de los tribunales para resolver la tensión entre imputado y víctima a favor del derecho del imputado no parece surgir claramente en el caso de menores víctimas de los tratados de derechos humanos.

Cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. Tal es el caso de la discusión de la validez de las declaraciones producidas mediante la utilización de la cámara Gesell.

9 "Vale apuntar sobre si esa obligación en términos procesales debe traducirse en la notificación a la defensa del imputado de la realización de la entrevista con la víctima menor de edad, a fin de evitar, paradójicamente, la repetición de tal acto procesal" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, causa n° 35.084, "P, J. I., s/ violación de menor de 13 años. Nulidad.", del 2/09/08).

10 Respecto de lo dispuesto en la Directriz 31.a de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* en cuanto a los procedimientos especiales aplicados para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de limitar y reducir el número de entrevistas, por ejemplo, al utilizar grabaciones de video, falló la jurisprudencia que: "El art. 250 bis del CPPN aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita es, justamente, revictimizar al niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como los jueces o empleados de un tribunal, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio (...) tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto denominado 'cámara Gesell', ello sin perjuicio de que antes de comenzar con la entrevista, 'el tribunal hará saber al profesional a cargo (...) las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto' (...). Es decir, que en todo momento, las partes pueden ejercer su derecho de controlar la prueba, pudiendo, inclusive, sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio, debiendo el juez resolver los conflictos que se puedan suscitar dejando constancia de ello en el acta" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa n° 24.987, "B, R. A. s/ inconstitucionalidad del 250 bis del C.P.P.N.", resuelta el 28/12/04). De modo similar la Directriz 23 de las mencionadas *Directrices* regula que debe hacerse todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo de modo de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.

11 "El derecho a interrogar no se limita a 'hacer preguntas', sino a cuestionar la veracidad de sus dichos, analizar sus motivaciones, su memoria; su credibilidad en suma, en caso contrario se trataría de letra muerta. Esto también hace al debido proceso ya que contribuye en gran medida a averiguar la verdad, que es objeto último del proceso (...) El art. 250 bis del CPPN, limitado a los menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales, establece un procedimiento particular de interrogatorio en el que no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud mental y un gabinete especial. La defensa se garantiza mediante el interrogatorio que, en la etapa instructoria, bien puede ser realizado a través del juez, fiscal o, en los casos previstos por el art. 250 bis de un profesional actuante", (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 32.906, "Incidente de Inconstitucionalidad promovido por el Dr. Pablo Noceti", del 29/12/05).

12 Cfr., entre otros, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 8.548, "B. C., G. s/ recurso de casación", resuelta el 9/5/09. Es interesante repasar las razones tenidas en cuenta para realizar el juicio de reenvío a un nuevo tribunal oral para realizar una nueva audiencia de debate: "(...) en cuanto a que la posible reedición del interrogatorio provocaría la revictimización de las menores, debe tenerse en cuenta que se realizan con una profesional psicóloga, y que por sus edades actuales –conservando buena memoria de los episodios que relatan– mayor angustia podría provocarles la impunidad de su supuesto victimario, por razones meramente formales." (del voto de los Dres. Mitchell y Fégoli).

13 Respecto de la presencia del imputado durante la audiencia de juicio se resolvió que "(...) una interpretación razonable de la normativa adjetiva vigente no excluye la posibilidad de que el imputado pudiera ser privado de presenciar la audiencia, la que podría llevarse a cabo aun sin su presencia física, sin que se afecte el derecho de defensa [arts. 18, CN y 14 d] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...). Así, el alejamiento del imputado puede resultar legítimo siempre que la medida aparezca como una restricción absolutamente necesaria e indispensable para evitar el menoscabo de otros intereses tan dignos de protección como las propias garantías del imputado (...) la decisión del tribunal oral resultó justificada al amparar los superiores intereses del niño, con el fin de garantizar que la menor víctima –hija del encausado– pueda expresarse libremente, sin ser revictimizada (...) Ante dos derechos en pugna como son los intereses del niño, por un lado y el derecho del encartado de estar presente durante la audiencia, por el otro, los derechos de aquél pueden bajo determinadas circunstancias prevalecer, por respeto a las estipulaciones de la Convención de los Derechos del Niño", (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P. 87.654, "G., J. A., recurso de casación" del 1/11/06).

La cuestión parece más sencilla cuando el imputado y la víctima son adultos. Pero en el caso de una víctima menor de edad, el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional. En este punto la tensión normativa se complejiza y ello exige elaborar nuevos argumentos¹⁴. Es claro que si se suman normas de protección y principios de protección a la niñez –en particular uno muy problemático pero que en este punto resulta crítico como lo es el interés superior del niño–, la balanza parece inclinarse a favor de la víctima menor de edad¹⁵.

6. Para concluir esta extensa introducción al tema del capítulo y recordadas las garantías procesales con todas las tensiones normativas que la jurisprudencia tendrá que resolver con inteligencia, mesura y sentido de justicia, existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niñez víctima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad.

En el caso de una víctima menor de edad, el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional.

Este tema no aparece en las discusiones ni en los seminarios. La víctima desapareció, dejó de ser un tema en las agendas públicas de los últimos veinte años, curiosamente en la época de la introducción de los tratados de derechos humanos en América Latina y de las reformas penales. Si se repasan las discusiones que tuvieron lugar en los diferentes países relacionadas por ejemplo con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el debate principal se centró en la cuestión del adolescente perpetrador de crímenes; no en el menor víctima de delitos.

Por razones que no han sido suficientemente estudiadas, el tema del niño víctima de delito dejó de existir en las agendas públicas latinoamericanas, sólo para reaparecer de manera reciente en particular relacionado con el tema de tráfico y trata de personas.

¿Cómo es posible esta *des-tematización*, si se me permite la expresión? ¿Qué proceso simbólico o cultural ocurrió en el continente que determinó que quien fuera objeto de preocupación importante por parte del tutelarismo clásico en su mejor concepción –las víctimas de los delitos– y aún asumidos todos los abusos que también en nombre de su protección se cometían, haya desaparecido del tema de los derechos humanos de los niños?

Lo más extraño es que todas las normas internacionales de derechos humanos y de derechos de niños recogen, tal como se indicó anteriormente, los derechos de las víctimas y de los niños víctimas de delitos en sentido fuerte. ¿Cómo entender entonces que las reformas orientadas a la introducción de estas reglas internacionales en el derecho doméstico soslayaran o bien ignoraran por completo la cuestión? Un reflejo de lo expuesto es la falta de especialistas en el tema. Se ha dejado de estudiar, de problematizar a la víctima de delitos.

14 Si bien excede el objeto de este trabajo, no puedo dejar de mencionar la incipiente jurisprudencia que convalida una condena por una agresión sexual sin la escucha forense de la víctima menor de edad. Es en un caso en el cual la defensa se agravó porque su defendido fue condenado sin que la damnificada se hubiera presentado a declarar ni fuera sometida a la entrevista oportunamente requerida, sin que existieran testigos presenciales del hecho y con apoyo, únicamente, en las declaraciones de sus progenitores y de su terapeuta. La Cámara Nacional de Casación Penal, al convalidar la sentencia condenatoria, sostuvo que si bien la menor víctima del abuso que se investigó no declaró en el debate, tales extremos pudieron ser acreditados por otros carriles: "(...) cuando, como en la especie, puede recrearse lo ocurrido a través de distintos cauces probatorios; el pronosticado daño que le podría causar el hecho de concurrir a declarar, y cuanto dispone la Convención Sobre Los Derechos del Niño en su art. 18 respecto de la tutela del interés superior del niño; fueron sin duda las circunstancias por las que el tribunal a quo prescindió correctamente de la convocatoria reclamada por la defensa.", (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 9.263, "V. M., L. s/ recurso de casación", del 11/08/08).

15 Por ejemplo, al establecerse una medida cautelar de prohibición de acercamiento del imputado con procesamiento confirmado por la Cámara de Apelaciones por una agresión sexual a un niño (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 37.750, "N. B., C. S. s/ prohibición de acercamiento", del 4/08/09).

Una vez superada la cuestión procesal legalmente nítida (razón por la cual allí donde las garantías no se reconocen hay claramente –por decir lo menos– torpeza o doloso incumplimiento de deberes del funcionario que maltrata y re-victimiza a un menor en un proceso)¹⁶, quiero someter a discusión la idea de la desaparición de la víctima en la discusión en torno de la plena vigencia de derechos humanos en la justicia penal.

Curiosamente, la víctima se instala en el mismo lugar que la protección de la niñez, en términos generales. Está claro que la protección y asistencia social de la víctima no compete al proceso penal o a los jueces penales como tampoco el ocuparse de los niños que necesitan ayuda; pero sí les atañe asegurarle un debido proceso legal y un trato que no la re-victimice¹⁷.

7. Por otro lado, en la discusión general de los derechos humanos de la niñez lo que fagocita todo el debate y condiciona los deberes del Estado respecto de esta parte de la población es cómo se reacciona frente al adolescente infractor (en términos de cómo y por cuánto tiempo se encierra a los niños). Como señalé antes, el énfasis está puesto en el imputado menor de edad y no hay espacio para analizar cuáles son los deberes del Estado con las víctimas menores de edad que desde el punto de vista cuantitativo –más allá de la cifra negra y de que es muy difícil conocer la exacta magnitud del problema–, es sensiblemente más grave.

Cualquier operador de la justicia penal argentina sabe que la *ratio* entre menor imputado y menor víctima está absolutamente desbalanceada, por lo que la situación de gravedad que debería escandalizar a la sociedad es la cantidad de menores víctimas de delitos que en general no sólo no son tratados bien en el proceso penal sino que además no son susceptibles de ninguna clase de reparación de sus derechos en términos de deberes de prestación positiva que el Estado argentino se obligó a asegurarles al suscribir tratados de derechos humanos que garantizan en estos casos una protección especial¹⁸.

8. En este sentido, me gustaría retomar una idea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la primera sentencia en la que se interpretó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es aquel que garantiza el derecho del niño a medidas especiales de protección. Me refiero a la sentencia de fondo en el caso "Villagrán Morales y otros (Caso de los 'Niños de la calle') vs. Guatemala".

Una lectura del fallo que trate de poner más énfasis en la luz y no en la oscuridad de lo resuelto debería destacar una idea fuerte de la Corte Interamericana que, en mi opinión, debe guiar la discusión relacionada con los derechos de los niños en general y, en particular, con los derechos de los niños que se encuentran en situaciones dramáticas como lo es resultar víctima de un delito.

Está claro que la protección y asistencia social de la víctima no compete al proceso penal o a los jueces penales como tampoco el ocuparse de los niños que necesitan ayuda; pero sí les atañe asegurarle un debido proceso legal y un trato que no la re-victimice.

El énfasis está puesto en el imputado menor de edad y no hay espacio para analizar cuáles son los deberes del Estado con las víctimas menores de edad que desde el punto de vista cuantitativo, es sensiblemente más grave.

16 Situación que no puede negarse que ocurra porque hay gente que trabaja mejor y otra que trabaja peor en todos lados y en todas las profesiones y actividades.

17 De esta manera se entendió que "Considerando el amplio marco jurídico tendiente a la protección del menor en nuestro país – especialmente por las previsiones en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-, resulta irrazonable, una nueva convocatoria de un menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando calificados profesionales en el área terapéutica aconsejan la no realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle a su paciente, mas aún cuando el menor ya depuso testimonialmente en tres oportunidades, debiendo buscarse las posibles contradicciones en los testimonios que el niño prestó, en las constancias de la causa. (...) Es de destacar que el presente proceso lleva más de siete años de duración en el cual se dictaron sucesivamente procesamientos, sobreseimientos y declaraciones de falta de mérito, por lo que corresponde recomendar a los señores magistrados intervinientes, teniendo siempre presente el interés superior del niño, la pronta solución de estas actuaciones, sin, que tal afirmación signifique un adelanto de opinión sobre el futuro desenlace de estos actuados." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 2.681, "N., B. s/ recurso de casación", del 21/11/02).

18 Véase nota 8 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa n 27.178, "S., M.", resuelta el 12/10/05.

Se trata del desarrollo del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en rigor, traduce la Convención sobre Derechos del Niño conforme la interpretación que en el párrafo 194 de esa sentencia realizó la Corte Interamericana. Allí la Corte Interamericana sostuvo que para interpretar el art. 19 de la Convención Americana debía recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de un *corpus juris* muy amplio de protección de derechos humanos de la niñez. De manera que hoy para el sistema interamericano la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso¹⁹.

La Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles "condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas".

A pesar de las críticas que pueden formularse al fallo por confundir las situaciones de niños autores de delitos con las de niños víctimas de delitos (el fallo trata de adolescentes torturados y asesinados en la ciudad de Guatemala por agentes estatales), la Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles "condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas". Yo no me canso de repetir ese estándar que parece estar ausente aun en las discusiones de estos días.

Lo que debilita al fallo es por qué si se trata de un caso en el que menores de edad fueron víctimas de delitos gravísimos, la sentencia se concentra en el tema de la delincuencia juvenil (obviamente no se alegó que los perpetradores hubieran sido menores; eran fuerzas de seguridad del Estado). ¿Por qué si se trató de casos atroces cometidos contra niños en situación de desventaja social, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dedicó la mayor parte del fallo a la cuestión de los delincuentes juveniles? Esta es la evidencia de que todo estaba confundido todavía a mediados de la década del '90 como en los tiempos tutelares clásicos y de que ni siquiera la Corte Interamericana podía trazar una línea nítida entre represión y protección.

Con independencia de que la argumentación pudo haber sido más esmerada, en definitiva la Corte Interamericana sostuvo que los Estados que firmaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben asumir y cumplir con el derecho a la protección especial de todos los niños en general pero sobre todo respecto de aquéllos que se encuentran en situación de desventaja social y aún más, en el supuesto de mayor gravedad, cuando se trata de niños víctimas de delitos. La Corte Interamericana determinó que los Estados deben asegurarles las condiciones para que vivan vidas dignas de ser vividas. En eso consisten las medidas de protección especial que expresan los deberes de prestación positiva del Estado hacia la infancia. Estos deberes están ausentes hasta ahora de la discusión referida a niños víctimas de delitos por varias razones, entre las cuales la centralidad del enfoque legal penal no es menor.

Por ese efecto perverso de la cultura penal que todo lo fagocita y crea la ilusión de que con la ley penal se resuelve todo (hasta la ausencia de políticas sociales), se genera una especie de cortina de humo que encubre la ausencia de todo lo demás, lo más importante, que también está en la ley y que también debe ser garantizado. Un ejemplo de ello es un proceso en el que la víctima participa con todas las garantías pero luego de la condena no tiene más participación ni relevancia para el Estado.

¹⁹ "194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.", Corte Interamericana de Derechos Humanos en Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

De manera que los estándares internacionales que regulan la situación del menor de edad víctima de delitos no son sólo penales, sino principalmente los deberes de prestación positiva del Estado respecto de los niños víctimas de delitos.

9. Para concluir me gustaría señalar que llama mucho la atención que ideas-fuerza de los tiempos de fundación del complejo tutelar (lo que suelo llamar las "buenas intuiciones", en casos y épocas dramática, trágicamente implementadas) tienen que ver primero con un modelo de Estado de Bienestar, con intensos deberes de prestación positiva del Estado, con que los adultos nos responsabilicemos de los niños y, en particular, de los niños que se encuentran en una situación de especial desventaja y vulnerabilidad.

Alguien comentaba con preocupación que ya no se puede hablar de protección. Ahora, si esta idea desaparece frente a una contra-intuitiva concepción de la autonomía de los niños (por ejemplo, que un niño de cinco años "elige" permanecer en la calle, consumir pasta base y/o permanecer en una red de trata), se exime de responsabilidad a los adultos y se incumple con los estándares internacionales de derechos humanos de la niñez.

Desde este punto de vista y reconocido el perverso fenómeno de distanciamiento del reclamo de los derechos respecto de la garantía del derecho de protección, tan enfatizada en el origen del tutelarismo clásico a través de dos intuiciones –vale la pena recordarlas, de prevención y de especialidad–, querría concluir con una apelación a tomarse los derechos en serio tanto de los niños víctimas cuanto de los imputados. Ello requiere desarrollar una hermenéutica creativa y prácticas interdisciplinarias originales que permitan concretar la promesa contenida en las normas internacionales hacia la infancia.

Los estándares internacionales que regulan la situación del menor de edad víctima de delitos no son sólo penales, sino principalmente los deberes de prestación positiva del Estado respecto de los niños víctimas de delitos.