

LA CAPACIDAD PROGRESIVA



El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos¹

Nelly Minyersky²

1. Introducción

En el artículo anterior, la licenciada Nora Schulman hizo referencia al caso del padre Grassi, que tramitó por ante el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Morón. Expuso con toda crudeza la necesidad de abordar el tema de la doble victimización que sufren los niños al ser sujetos pasivos de un delito, cuando la justicia les impide el acceso a ésta o cuando, al verse involucrados en un proceso, no se tienen en cuenta su interés superior ni su calidad de persona en situación de vulnerabilidad.

El juicio en el cual se produjeron los hechos invocados en la querrela citada acaeció durante la adolescencia de los involucrados; este juicio, en el que se procesó y condenó a Julio Grassi³, representa un ejemplo acabado de la falta de cuidado de las víctimas. Es cierto que en ese caso ya son jóvenes mayores de edad desde el punto de vista civil y penal, pero ciertamente los hechos invocados acaecieron en pleno transcurso de su niñez y seguro dejaron huellas indelebles en sus vidas.

La representación procesal de los niños y/o adolescentes víctimas, su protección y cuáles son sus derechos en sede judicial constituye un tema que abarca tanto cuestiones civiles como penales. Por ello, a pesar de mi condición de civilista que sólo ha abordado tangencialmente institutos del derecho penal por su relación con el derecho de familia, acepté este desafío. A continuación, analizaremos derechos de distinto tipo y para ello deberemos abreviar tanto –y en especial– en normas del derecho constitucional como del civil y procesal. En primer término, se debe trabajar sobre un tema fundamental: la “capacidad civil y procesal de los niños, niñas y adolescentes”, instituto éste motivo de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, a pesar de haber sido receptado a nivel constitucional la Convención de los Derechos del Niño⁴ (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y legislativamente en la ley 26.061⁵) el concepto de capacidad progresiva.

3 Este caso ya tuvo resolución en primera instancia. Sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Morón, el 10-6-2009.

4 La CDN ha sido el tratado de derechos humanos que más rápidamente entró en vigor en la historia de todos los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención. A la fecha, solo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Cf. BELOFF MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pág. 2. Al respecto, resultan de interés las razones que la autora describe, que, en su opinión, explican la generalizada firma y ratificación del tratado. En la Argentina, la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, en adelante CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7-7-1992.

5 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28-9-2005.

1 Exposición en la Mesa Redonda “Representación procesal de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial”, con agregados posteriores por parte de la autora.

2 Abogada, Profesora Consulta de Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires, Directora de la Maestría Interdisciplinaria de Especialización de Posgrado en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora en la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires. Investigadora permanente de la Universidad de Buenos Aires, UBACyT.

¿Qué potencialidad se le exige o se le requiere a un niño, niña y/o adolescente, sujeto de derecho cuando se enfrenta ante una situación de victimización? Por su parte, los niños no sólo sufren como víctimas de actos relativos a la ley penal. Seguramente son más numerosos los niños víctimas de hechos ilícitos que no alcanzan la tipología penal, que tampoco pueden ejercer sus derechos en el ámbito judicial debido. Vaya como ejemplo los niños involucrados en divorcios malignos cuyos padres dirimen tenencias y sistemas de convivencia y/o contacto, tratándolos como objetos vehiculadores de sus problemas de pareja, sin tener en cuenta las necesidades y pesares de sus hijos.

En el tratamiento específico de la capacidad progresiva conviene preguntarse si es positivo para un niño, niña y/o adolescente participar en el proceso, si ese beneficio se corresponde con cualquier tipo de proceso y si debemos investigar también esta temática diferenciando los tipos de delito.

En primer término, debemos señalar que frente al niño, niña y/o adolescente la respuesta debe abordar un amplio abanico de situaciones que exceden el marco judicial y que van desde las asistencias médica y psicológica hasta la provisión de subsidios, etc. Este abordaje debe realizarse dentro de un marco otorgado por nuestras normas constitucionales y leyes que las operativizan, en especial la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, que contienen los principios estructurantes de la norma internacional: autonomía, libertad, participación, no discriminación, etc. ¿Qué instrumentos podemos crear los adultos en este campo que permitan efectivizar los derechos que consagran las normas invocadas? En el tratamiento específico de la capacidad progresiva conviene preguntarse si es positivo para un niño, niña y/o adolescente participar en el proceso, si ese beneficio se corresponde con cualquier tipo de proceso y si debemos investigar también esta temática diferenciando los tipos de delito.

El niño víctima posee distintos derechos exigibles en diferentes ámbitos; algunos tienen relación con el ámbito administrativo y otros se deberán efectivizar solamente en sede judicial, penal o civil. El derecho que le asiste a recibir asistencia psicológica o médica por daños en su salud, ya sea física o psicológica producto o consecuencia del delito sufrido puede ser ejercido por el niño siguiendo los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, art. 12, en especial si sus progenitores no ejercen éstos en su nombre.

Considerar que él no puede cuidar su propia salud, exigiendo las prestaciones que le son debidas, aparejaría una indefensión total y una flagrante violación de un derecho humano como el derecho a la salud. Este restablecimiento de derechos encuentra normativas expresas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por ejemplo, los arts. 37, 38, 39 y concordantes de la ley 26.061 podrían constituirse en instrumentos aptos para ello.

2. De la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Es interesante apreciar cómo el concepto de defensa de derechos se ha ido planteando en distintos ámbitos y con distintas características.

Hace años, cuando se hablaba de defensa en juicio y/o de violación de derechos respecto de adolescentes infractores a la ley penal, se planteaba la necesidad de otorgarles mecanismos adecuados para el resguardo de sus derechos. Recordemos al efecto, el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, entre otras disposiciones, establece que los Estados Partes reconocen "el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros", garantizando

que "se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley", "que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él...", y otra serie de garantías procesales para el niño infractor o supuestamente infractor de leyes penales. Las Directrices de Riad⁶ se refieren a reglas para la prevención de la delincuencia juvenil, promoviendo la aplicación y la promulgación "de leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes" y de leyes que "prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas", estableciendo que "a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". Y por último, las Reglas de Beijing⁷, un importante cuerpo que reconoce los derechos específicos que tienen los menores, que establecen que: "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior". Como se puede observar, estos tres importantes instrumentos sobre los derechos de los niños tratan la temática de la participación en juicio del niño infractor a la ley penal.

Luego se trasladó esta defensa en juicio a otros ámbitos más propios de la justicia civil y se le fue dando mayor entidad. Se toma como base el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el art. 3º, que establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", y junto con el art. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, posibilitaron la participación de los niños, niñas y adolescentes en los juicios derecho de familia.

La evolución no debe detenerse en la defensa de los derechos de los niños ya que estos les corresponden como sujetos de derecho. Por el contrario es necesario avanzar reconociéndoles autonomía para el ejercicio de la defensa, dado que no siempre resulta suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento se fue avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento del niño como parte en todo proceso en el que esté involucrado y el derecho a tener patrocinio letrado, art. 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Y ya este reconocimiento de los niños como sujeto de derecho les allana el camino no sólo para que sean escuchados sobre su elección del padre con quien desean convivir, sino también para reclamar los derechos económicos y sociales que les corresponden, como los de salud, educación, etcétera.

La evolución no debe detenerse en la defensa de los derechos de los niños ya que estos les corresponden como sujetos de derecho. Por el contrario es necesario avanzar reconociéndoles autonomía para el ejercicio de la defensa, dado que no siempre resulta suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público.

6 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14-12-1990.
7 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28-11-1985.

Esta evolución se dio tanto en la Argentina, como en toda América latina. En efecto, estamos trabajando permanentemente en el tema del abogado del niño o adolescente que introduce el art. 27º de la ley 26.061, un elemento sustancial en todas estas distintas esferas. Porque debemos pensar ¿qué sucede cuando hay una violación a un derecho y los padres del niño, niña o adolescente no reclama o no lo defiende?, debemos permitir a esa persona, a quien le reconocemos autonomía, acceder a la justicia de todas formas.

¿Qué debe entenderse por defensa de la víctima? Cuando se habla de defensa de la víctima, en realidad se plantea la vigencia real de sus derechos como tal, porque si se violan estos o no son operativizados, cabe acudir al derecho de defensa.

Cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Las consideraciones previas se aplican a este tema que nos convoca, porque hay una defensa que, si bien tiene distintos aspectos, debe esgrimirse siempre si existe una violación de los derechos de un niño, niña y/o adolescente cuando ha sido víctima de un delito. Aunque no contamos con una legislación específica, como un estatuto del Niño Víctima, sí existe una trama de derechos que va a ser detallada en los apartados correspondientes a legislación internacional y nacional y local, que permite la correcta defensa de los derechos de los niños que son o han sido víctimas de un delito.

3. De la victimización primaria y secundaria

La experiencia de sufrir un delito indudablemente queda grabada en la memoria emocional de la persona. Y cuando ésta es un niño, niña o adolescente, sin duda la vivencia dejará huellas aún más profundas y la forma de enfrentarse a su realidad dependerá de factores diferentes a los de la cosmovisión adulta. La causa penal que se abre ante la comisión de un delito instala como activo participante a la víctima. Cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Para responder a este interrogante, además de tener en cuenta el tipo de víctima, también debemos analizar si hay diferencias en el tipo de delito, y qué tipo de derechos se pretenden proteger. Estas consideraciones deben practicarse para estudiar la legitimidad para interponer la acción y cómo será la actuación en los distintos momentos del proceso.

En la investigación "Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños", realizada por Christian Anker Ullrich⁹, se concluye que conviene dar participación a los niños y/o adolescentes en el proceso, en especial en el proceso penal, teniendo en cuenta que pueden asumir distintas formas. Una de ellas –correspondiente a la casuística penal– es meramente instrumentalista: se hace participar al niño, no como víctima, sino como colaborador para determinar si el imputado es culpable o no: o sea, sólo se lo utiliza. Por el contrario, una actitud distinta

8 Ley 26.061. "Art 27. – Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

9 Christian Anker Ullrich, Psicólogo Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Valparaíso, Chile en "Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños", *Revista N° 5 de Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, pág. 119 y sig.

considera al niño como sujeto participante en el proceso en su propio interés. En este sentido, que se cumpla con el debido proceso le servirá al niño, niña y/o adolescente a superar su situación de víctima, pues –como sostiene Ullrich– “esta participación cobra especial valor y complejidad en los menores de edad, tanto porque su capacidad de responder a las expectativas psico-jurídicas son cualitativamente diferentes a la de los adultos, tanto porque la cosmovisión está recién en formación, abriéndose a la acción intersubjetiva”¹⁰. Aquí observamos la marcada diferencia en la posición en que se ubica a los niños/as víctimas. Es en este momento en que la ley debe encargarse de proteger al niño/a víctima para que no vuelva a sufrir lo ocurrido, exponiéndolo constantemente en el proceso penal a revivir la agresión, lo que conduce a la victimización secundaria, todo ello, sin descuidar el proceso que persigue el castigo del delito al responsable.

Cada persona, y en especial los niños, niñas y adolescentes, luego de una situación traumática transitan un proceso de duelo. En algunos casos “la participación en el proceso penal en un menor se convierte en un ‘rito’ donde puede elaborar discursiva y mímicamente su duelo y dolor, frente a un mundo de significados que lo objetivará y traducirá mediante la judicialización”¹¹. Si al niño que ha sufrido esta herida, además se le oculta el proceso y sus características, se lo está privando, no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir. El niño víctima se pregunta quién es ahora y quién era antes.

En esta investigación se diferencia “quién soy ahora” y “quién era antes”, intentando recobrar la vivencia positiva del “antes” cuando no había sido víctima de un delito, ni sufrido una agresión. El hecho de la victimización primaria, o sea, de la agresión por el delito lo hace sentir en una etapa negativa y desgraciadamente esto que los estudiosos llaman “espera”, que es el tiempo de proceso, puede vivirse como una revictimización innecesaria que lesione lo positivo que puede aportar el proceso cuando mediatiza a través de la justicia una especie de sanación, una especie de respuesta social que mejore, que cure y que permita hacer el duelo. Muchas veces los niños víctima de delitos, puesto en palabras del investigador: “para estructurar su experiencia y dar cuenta de sí mismos, operan a partir de una oposición entre ‘el que era antes’ y ‘el que soy ahora’, como vivencia ante un delito violento, pero también y especialmente ante la experiencia de participar en un proceso penal, que intenta mediar en la reparación social que se pudo lograr de esa experiencia original. Mientas ‘el que era antes’ engloba todos los aspectos deseables de sí mismos, que dan cuenta de la construcción de una existencia positiva, durante el proceso penal la vivencia de sí mismos, ‘el que soy ahora’, proporciona elementos de identificación negativa. La proyección hacia el futuro, ‘el que quiero ser’, se esboza a partir del deseo de estabilizar en el tiempo las cualidades personales percibidas en sintonía con su anhelo de integración psicosocial”.

Evidentemente la forma y modos de participación del niño víctima en el proceso son sustanciales a los efectos de que esta participación se convierta en un hecho beneficioso para su estructuración social y recuperación. Estas reflexiones se aplican tanto para las cuestiones penales como para las civiles, con las graduaciones lógicas, atento a la distinta gravedad de los hechos, edades y capacidades de cada niño, atendiendo a su progresividad.

Si al niño que ha sufrido esta herida, además se le oculta el proceso y sus características, se lo está privando, no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir. El niño víctima se pregunta quién es ahora y quién era antes.

¹⁰ ANKER ULLRICH, Christian, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, *Revista N° 5 de Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, pág. 119 y sig.
¹¹ Ídem.

4. De la capacidad progresiva

Si bien en este trabajo no pretendemos analizar el tema de la capacidad progresiva, tema que fuera objeto de trabajos anteriores, nos interesa incorporar algunos conceptos para que el estudio de la participación de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en los procesos judiciales cuente también con este abordaje infaltable.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de definírseles por sus carencias, o por considerar a la niñez y adolescencia como etapas previas a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos.

De ahí que debemos reiterar que la consideración del niño como sujeto de derechos, principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que el derecho tradicionalmente ha tenido frente a las personas menores de edad, con relación a su consideración como incapaces para participar en el sistema jurídico¹², y su utilización como objetos que ayudarán al proceso jurídico a llegar a la verdad.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de definírseles por sus carencias, o por considerar a la niñez y adolescencia como etapas previas a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, más aquellos que les corresponden específicamente por su condición de niños.

La afirmación del niño y adolescente como personas en condición peculiar de desarrollo no puede basarse apenas a partir de que el niño no sabe, no tiene condiciones y no es capaz. Cada fase de desarrollo debe reconocerse como revestida de singularidad y de completitud relativas, o sea, el niño y el adolescente no son seres inacabados en camino de una plenitud a consumarse en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades personales cívicas productivas plenas. Cada etapa es, a su manera, un período de plenitud que debe comprenderse y acatarse por el mundo adulto, a saber, por la familia, la sociedad y el Estado¹³.

Debemos pensar la forma de poner a disposición de niños, niñas y/o adolescentes todos los mecanismos necesarios para el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares, respetando la necesidad de cada uno de acuerdo a su capacidad progresiva. En este mismo sentido, ya la Convención de los Derechos del Niño habla del derecho del niño de formar su juicio propio y expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño, como se plasma en el art. 12 de dicho cuerpo normativo citado previamente. Y a nivel local, la ley 26.061 en su art. 24 reafirma dicho derecho¹⁴, y el art. 27 establece las garantías mínimas de procedimiento¹⁵ en los casos en que participen niños, niñas y/o adolescentes, y el art. 19 plasma su derecho a la libertad¹⁶.

12 FANLO CORTÉS, Isabel, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate", *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 4, UNICEF, noviembre de 2002, págs. 67 y 68.

13 GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, "Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais", Brasil, Maleheiros editores, 1992.

14 Ley 26.061, art. 24: "Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

15 Ley 26.061, art. 27, cit.

16 Ley 26.061, art. 19: "Derecho a la libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente".

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un reciente fallo¹⁷ ha dicho que "a partir de la sanción de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño" y además que es "incuestionable que el derecho positivo actual ha incorporado los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes; que obviamente apunta no ya a la capacidad de derecho o de goce (desde luego, reconocida en el Código Civil en igualdad con los adultos) sino a la capacidad de hecho o de ejercicio. En efecto, dicha capacidad de hecho surge –en primer lugar– de los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en la Argentina a tenor del art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna. Repárese que su art. 5º dispone que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los tutores, u otras personas encargadas legalmente del niño, deben impartirle a éste 'dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención'. El art. 12, tan invocado, hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños 'en condiciones de formarse un juicio propio', 'teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez'. El art. 14, en fin, reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, agrega que los adultos encargados de su cuidado deberán 'guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades'".

Se entiende que tanto la Convención sobre los Derechos del Niños como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Es decir, la capacidad sería la regla y la incapacidad, la excepción¹⁸. De esta manera, se encontraría invertida la carga probatoria o el *onus probandi*, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. Por tanto, quien alegue lo contrario debería probarlo¹⁹.

Retomando algunas ideas desarrolladas en los apartados anteriores, debemos atender a la capacidad indeterminada que receptan la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, pues está sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas, como el derecho a la integridad personal, a la libertad, a la educación, a la salud, a la justicia, a transitar, el derecho de asociación, entre otros. En otras palabras, para el ejercicio de tales derechos, o ante la violación de ellos, no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada. Por el contrario, las distintas edades fijadas en el Código Civil y leyes complementarias²⁰ se refieren, por lo general, de manera directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial. Se trata de estudiar si el régimen actual en materia de capacidad civil es –y en qué medida– armonizable o compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Para ello, entendemos necesario llevar adelante, de manera previa, un "test de capacidad", por lo cual debiera preguntarse si determinada situación involucra el ejercicio de un derecho personal (para el cual no hay una edad pre-fijada) o el ejercicio de un derecho patrimonial (para el cual la normativa de fondo dispone alcanzar una determinada edad)²¹.

Se entiende que tanto la Convención sobre los Derechos del Niños como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Es decir, la capacidad sería la regla y la incapacidad, la excepción.

17 "K, M y otro c. K, M. D.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 19-3-2009.

18 Al respecto, Baldareñas afirma: "Los niños y jóvenes menores de edad son personas capaces sujetas a una potestad ajena a la impuesta con una finalidad claramente protectora". En este sentido, concluye –de manera un tanto más restringida que la postura defendida en el presente documento– que "La mínima y la inexistencia de limitación, son casi la regla respecto de los niños y jóvenes mayores de 14 años, salvo en los actos de índole patrimonial" (BALDARENAS, Jorge A., ¿Son los "menores" ... incapaces?, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, nro. 11, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 89).

19 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 43 y sig.

20 Por ejemplo, 18 años para testar, misma edad para adquirir bienes con el fruto del trabajo, 14 años para reconocer hijos, 10 años para la responsabilidad por actos ilícitos, etcétera.

21 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad...", cit.

Habiendo repasado brevemente el concepto de capacidad progresiva de los niños y niñas, y si compartimos que existe una competencia nueva y una capacidad en progresión que se le reconoce a los niños y adolescentes, tenemos que pensar que, al existir esa capacidad de formarse un juicio propio como lo describen los artículos citados, el niño, niña o adolescente, entonces, debe ser informado tanto de la existencia del proceso penal como de su derecho a asistencia legal, así como de sus derechos económicos y sociales, y debe ser luego llamado a participar. Por ello, algunos tratadistas sostienen que en la primera oportunidad el fiscal o el juez, según la materia que se esté tratando, debe citar a los representantes legales –en general, los padres– y al niño, e informarles de todas las posibilidades en las que pueden derivar su causa.

5. De los niños, niñas y adolescentes y su legitimación activa

En tanto estamos estudiando la situación del niño, niña o adolescente como víctima de delitos, no sólo vale limitarnos a pensar cómo deben considerarse las audiencias, qué cuidados particulares vamos a aconsejar y exigir a lo largo del proceso, sino que se debe apuntar específicamente al inicio del proceso.

Al existir esa capacidad de formarse un juicio propio, el niño, niña o adolescente, entonces, debe ser informado tanto de la existencia del proceso penal como de su derecho a asistencia legal, así como de sus derechos económicos y sociales, y debe ser luego llamado a participar.

La legitimación de niños, niñas y adolescentes para querellar no puede desecharse. Y no se debe temer; cuando se habla de la capacidad de formarse un juicio propio, se lo hace con relación al tipo de acto, se debe trabajar capacidad y competencia siempre relacionadas al acto que estamos analizando. Podemos presumir, de acuerdo a éste, si un niño tiene capacidad y competencia. Si un niño, niña o adolescente se dirige a un servicio hospitalario a los fines de informarse sobre sus derechos reproductivos y se lo provee de insumos a tal efecto, está realizando un acto de beneficencia, procurando algo en beneficio de su salud. Cuando los niños, niñas o adolescentes requieren los servicios de la justicia, también se trata de actos de beneficencia, quieren ampararse en las prestaciones que debe proporcionarles el Estado a través de sus distintas instituciones. Nuestro deber consiste en analizar todas estas situaciones a través del prisma de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la legislación interna concordante. El niño es víctima porque alguien, o sus padres, o la sociedad o el Estado, en la mayoría de los casos no lo cuidaron suficientemente, y sufre un efecto disvalioso porque se violaron sus derechos. Ante ello, no es posible que los adultos dejen de brindarle todos los servicios que le son debidos como víctima, solamente por el hecho de ser menor de edad y no requerirlos al no estar acompañado por sus padres.

Y es aquí donde cabe señalar que la capacidad civil existe siempre. Se ha dicho que la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 han invertido la situación en materia de capacidad, siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción. Como ya dijimos, la regla es que todos tienen capacidad; si se pretende que alguien no la tiene, deberá probarse, y siempre teniendo en consideración el acto para el que se requiere capacidad. Y siendo la regla la capacidad y la incapacidad la excepción, lo único que existe es una delegación momentánea, porque lógicamente un niño de seis meses víctima de un delito va a necesitar que los padres lo defiendan, y si no es así, o si precisamente son sus padres los victimarios, debemos estudiar cómo se ponen en marcha otros mecanismos para que sus derechos no se vean afectados.

Es importante abordar los conceptos de representación, asistencia y cooperación al estudiar la capacidad evolutiva. Se puede afirmar que éstas constituyen tres figuras graduales, coincidentes con el desarrollo alcanzado por quien se trate. Así, la representación quedaría reserva-

da (de manera restringida) a los supuestos donde los niños cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. Cuando se avanza un poco más, entraría a escena la figura de la asistencia (principalmente por parte de los padres o representantes legales) y, de manera amplia, todo otro supuesto donde no se demuestre la incapacidad constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación²².

Al abordar este tema nos encontramos con distintos momentos y necesidades, observamos la legislación de diverso orden y jurisprudencia que nos hablan de diferentes derechos del niño víctima, pero muchas veces no aparece con la claridad necesaria el derecho del niño víctima a ser denunciante y menos a ser querellante. La ley 26.061, si bien reconoce en su art. 27 el derecho a la participación en el proceso y expresamente en los incs c) y d) nos habla de ser parte con asistencia letrada propia y especializada, parecería que esa redacción no es suficientemente explícita para algún sector de la doctrina y la jurisprudencia, todavía reacio a aceptar al niño como sujeto de derecho capaz de ejercerlos.

5.1. Figura del abogado del niño

Una persona puede participar en un proceso a través de la autodefensa o por medio de una defensa técnica. Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón resultará imprescindible cuando la persona es menor de edad y en situación de vulnerabilidad. Este menor de edad no tiene la misma inserción social que los mayores, así como no ha recibido toda aquello que la cultura nos va proporcionando y estructurando como seres humanos plenos. Por ende, es necesario asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea, por un abogado. Así como se ha avanzado reconociendo el derecho del niño a ser oído y aun a tener un abogado cuando es infractor a la ley penal (Directrices de Riad y Reglas de Beijing), debemos ahora reconocer el derecho de los niños víctima a tener un profesional que les brinde y les provea todo lo que la ley hace a la defensa de sus derechos. El abogado del niño, figura existente en numerosos países, es nueva en nuestro país y ha comenzado a abrirse camino con distinta suerte en la doctrina y en la jurisprudencia. A esta figura le ha dado gran impulso la sanción de la ley 26.061, que expresamente le reconoce entidad legal en su art. 27 y en su decreto reglamentario²³.

Es necesario asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea, por un abogado.

El rol del abogado del niño en asuntos de derecho de familia, cuando se debaten cuestiones de tenencia o sistemas de contacto, tiene cabida en el contexto de un conflicto que se generó entre sus progenitores. El abogado del niño víctima posiblemente deberá iniciar gestiones judiciales y/o administrativas en defensa de los derechos de su patrocinado, en un hecho en el cual sus padres pueden o no ser protagonistas. En ambos supuestos, los roles del profesional interviniente tienen funciones técnicas, no difieren entre ellas, ya que siempre deben tener en mira actuar y asesorar al niño para lograr la defensa de sus derechos y que siempre se tenga en cuenta su interés superior.

El abogado del niño víctima deberá acompañarlo especialmente en la querrela y/o en las acciones civiles, administrativas y/o judiciales pertinentes.

22 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad...", cit.

23 El decreto 415/06, en su reglamentación al art. 27 de la ley 26.061, establece: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar". Y continúa: "Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de los servicios jurídicos que garantizan el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto, podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades".

Importa reflexionar sobre el sistema para su selección y designación. La ley 26.061, art. 27, inc. c) y su decreto reglamentario nos dan las pautas a seguir. Esta selección es fundamental para el niño, por lo cual no cabe optar por una designación autoritaria. Si bien es cierto, como a continuación veremos, que la capacidad de los niños, niñas y adolescentes representa un eje de análisis en este punto, y ya existe jurisprudencia que alude al límite de 14 años como frontera de discernimiento, también lo es que, para resolver estas cuestiones, no debemos separarnos de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en cuestión de capacidad progresiva, debiendo resolverse siempre sobre el caso concreto, porque cada niño, niña y/o adolescente es una persona única e individual cuya capacidad de entender en las distintas esferas de su vida irá progresando de manera también única, individual e irrepetible.

La jurisprudencia evidencia un avance en reconocer la figura del abogado del niño, si bien no lo hace con la amplitud y rapidez necesaria.

La jurisprudencia evidencia un avance en reconocer la figura del abogado del niño, si bien no lo hace con la amplitud y rapidez necesaria. Es interesante reseñar los siguientes fallos:

- a) En el fallo "R., M. A." de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2006²⁴, en el que un profesional perteneciente a la defensoría zonal solicitó la intervención como letrado patrocinante en el proceso de protección de persona sobre un menor de edad. En ambas instancias se rechazó su pedido, fundado en que la escasa edad del niño, en su caso tres años, impedía "que pueda considerarse su actuación como parte legítima, ya que no fue elegido por el interesado, al estar éste imposibilitado de comprender la trascendencia de dicha actuación". Y en su dictamen la Defensora de Menores de Cámara expuso que "tratándose de un menor que sólo cuenta con tres años de edad y a los fines de compatibilizar la nueva figura del 'abogado del niño' prevista en el inc. c), art. 27 de la ley 26.061, al ser una abogada patrocinante y no una forma de representación, su actuación requiere del discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de catorce años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio".
- b) La Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil²⁵, en un interesantísimo fallo rechaza la presentación formulada por derecho propio por dos menores de edad con el patrocinio letrado de un abogado contratado por su madre para que los representara. A la progenitora se le atribuía haber dificultado la revinculación de los niños con el padre no conviviente durante largos años. Entre los motivos del fallo de Cámara resalta que "es bueno advertir que –como lo destacó la juez de grado en su pronunciamiento– el art. 27, inc. c) de la ley 26.061 no les confiere expresamente a los niños la atribución de designar abogado; eliminándose del proyecto original la expresión 'letrado de su confianza', y su reemplazo por la fórmula actual que es 'ser asistido por un letrado'. El ordenamiento vigente busca una real autonomía de los hijos; y mal se podrá propender a ella cuando dichos hijos aparecen asistidos por abogados que fueron contratados por un progenitor, quien además les da instrucciones, conviene sus honorarios y los paga de su bolsillo. Obrar así no es respetar la ley 26.061 sino violarla". Como antes comentáramos, se rechaza la presentación de los jóvenes con el letrado elegido por su madre, pero no se los deja sin representación, sino que se designa como abogado de éstos al profesional que se encontraba ejerciendo su cargo de tutor especial, teniendo a los adolescentes como parte en el proceso. En este mismo fallo se sostuvo que "la novedad que nos trae la ley de niño, en lo que hace al tema que nos ocupa, es que antes de la actuación procesal de ese niño –en los juicios de familia (digamos, en materia de guarda, régimen de comunicación, etc.)– se realizaba regularmente con la intervención de alguno de sus padres, en una representación que muchas veces implicaba una suerte de confusión de intereses y de roles; a tal punto que el abogado era uno solo y, en la realidad, respondía a los intereses

24 "R., M. A.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 28-9-2006, DJ, 22-11-2006, 872 – DJ 2007-I, 603.

25 "K., M. y otro c. K., M.D.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 19.03.2009, publicado en LA LEY 2009-B, 709.-

del progenitor que lo contrató, y no a los del propio niño involucrado. En cambio, con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser 'asistido por un letrado' independiente [inciso c], del mencionado artículo) y, junto a éste, 'participar activamente en el procedimiento' [inciso d] de la norma citada). En este sentido cabe insistir que no corresponde efectuar distinciones en el art. 27 que la ley niño no realiza; y esta norma ha tomado el recaudo de no exigir una edad determinada, como tampoco una madurez suficiente, para que el niño pueda –con un abogado propio– tener la debida participación en el juicio que lo involucra”, y agrega que “ya antes de la sanción de la ley 26.061 una acertada interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño sostenía que lo que ésta persigue es que los niños y adolescentes puedan desempeñar una actitud autónoma; esto es plantear –llegado el caso– una posición diferente a las fórmulas que esgriman los progenitores, pues de qué valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz. La figura del abogado del niño, entonces, tiene su andamiaje en la circunstancia de haber sobrevenido un nuevo interés autónomo, personal y de directa atención por el órgano jurisdiccional (ver Morello de Ramírez, María S. y Morello Augusto M., ‘El abogado del niño’, ED, 164-1180). Por otro lado, conviene destacar que en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) había anticipado estos lineamientos al declarar el derecho de los niños ‘a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario’”. En todo el fallo se sostiene la importancia de la figura del abogado del niño, el hecho de que en este caso en particular no admitieran al que contrató la madre, sino que se designó a quien ya estaba desempeñándose como curador *ad litem*, reafirma que el abogado del niño debe ser independiente del resto de los interesados en la causa en la que el niño sea parte.

- c) En autos “L., R. c. M. Q., M. G.” en los que se discutía la tenencia de dos niños de 12 y 15 años, el juez de primera instancia tuvo a éstos por parte, y la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión, alegando que “Corresponde confirmar el auto que tuvo por parte a los menores en un juicio por tenencia –en el caso, de 15 y 12 años– si éstos tienen intereses contrapuestos con sus progenitores pues, en función del interés superior del niño, ello torna conveniente que los menores tengan una asistencia letrada que traiga al juicio su voz, en forma separada al planteo de sus progenitores, independientemente de la representación promiscua que incumbe al Ministerio Público de la Defensa (del voto de la Dra. Pérez Pardo)”, ya que esta actuación no puede ocasionar agravios ni a los progenitores ni a los Ministerios Públicos. En este caso, se analizó largamente el alcance del ya citado reglamento del art. 27, inc. c) de la ley 26.061, y se discute si autoriza sólo a los menores adultos y no así a los impúberes (siguiendo la normativa del Código Civil²⁶) a contar con su propia representación, en tanto los hermanos caían en distintas esferas de aplicación de la ley, por lo que se consideró que: “No resulta razonable admitir que la hija menor púber pueda actuar por sí, en el juicio por tenencia mientras que su hermano, apenas dos años menor que ella, quede desplazado de esa prerrogativa máxime cuando, ambos niños están identificados en una suerte de comunidad de intereses (del voto del Dr. Giardulli)²⁷”. Se priorizó el interés superior del niño y se aplicó la Convención sobre los Derechos del Niño.
- d) Cabe destacar un interesante fallo, particularmente en lo que nos interesa del derecho del niño a ser querellante, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²⁸ en el que se tuvo por parte querellante a la víctima menor de edad, con la asistencia letrada de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA, en una causa en la que se investigaba la comisión por parte de los padres de graves delitos en su perjuicio. En este caso, se

Con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser 'asistido por un letrado' independiente [inciso c], del mencionado artículo) y, junto a éste, 'participar activamente en el procedimiento' [inciso d].

26 El art. 54 establece que los menores impúberes son incapaces absolutos. El art. 127 define como menores impúberes a aquellos que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos.

27 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, “L., R. c. M. Q., M. G.”, 4-3-2009, LL, 16-4-2009, con nota de Eduardo A. Sambrizzi.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, “N. N. s/ denegatoria de ser querellante”, 18-3-2004.

acude a las disposiciones de la "Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, CN, que otorga a los menores –a criterio de esta sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (art. 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infraconstitucional (en este caso, el art. 82, CPPN) restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención". De esta forma, la Cámara ha resuelto que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño resultan operativas y no tienen sólo carácter declarativo²⁹.

Estos fallos analizados ponen de relieve la necesidad de seguir trabajando en el camino que trazan la Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel local la ley 26.061 para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no sólo sean cuidados en su intervención en el proceso sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la justicia, como lo garantiza constitucionalmente la Convención y la ley citada.

6. De la legislación

Todas las inquietudes enumeradas a lo largo del presente trabajo respecto de la defensa jurídica de los derechos de niños, niñas y adolescentes han encontrado respuesta en la legislación no sólo internacional, sino también en nuestro país y nuestra ciudad.

6.1. De la legislación internacional

Estos fallos analizados ponen de relieve la necesidad de seguir trabajando para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no sólo sean cuidados en su intervención en el proceso sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la justicia.

A partir de esta preocupación internacional en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes, más allá de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices del Riad y las Reglas de Beijing, previamente citadas, la comunidad internacional ha celebrado distintos tratados, entre los cuales podemos recordar los siguientes:

- a) *El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual* (conocido como el Convenio de Lanzarote). Hasta ahora han firmado el convenio 33 países de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa, y sólo Grecia lo ha ratificado. Para que entre en vigor se necesita la ratificación de cuatro países más.
- b) *Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos* (Canadá, 2003), redactadas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño conjuntamente con un Comité directivo de redacción de reconocidos expertos en la materia. Se postulan la "Dignidad", la "No-discriminación", los "Mejores intereses del niño", que incluyen el derecho a la protección y a la oportunidad para desarrollarse de forma armónica; y "Derecho a la participación" en la que se expone que "Todo niño o niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras; a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y que esos puntos de vista sean tomados en cuenta", en concordancia con los arts. 3º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19, 24 y 27 de la ley 26.061. Para procurar la efectivización de estos principios se establecen directrices, entre las cuales destacamos:

29 FELLINI, Zulita, "Aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° III-2004, pág. 53.

"1. Derecho al trato con dignidad y compasión", que establece que los niños víctimas y testigos se deben tratar con tacto y sensibilidad a todo lo largo del proceso de justicia, teniendo en cuenta sus necesidades y situación personal específicas.

"3. El derecho a ser informado", tanto los niños víctimas o testigos como sus familias y/o representantes legales desde el primer contacto con el proceso de justicia de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales, etc. De los procedimientos en el sistema de justicia; los mecanismos de apoyo existentes para el niño cuando realiza un denuncia, etcétera.

"4. El derecho a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchado" en cuanto a su involucramiento en el proceso de justicia³⁰.

"5. El derecho a la asistencia efectiva" de profesionales capacitados.

"6. Derecho a la privacidad", cuidando, cuando sea apropiado, de tomar medidas para excluir al público y medios de comunicación mientras el niño rinde testimonio.

"8. El derecho a la seguridad". Se deben implementar medidas apropiadas con el fin de proteger al niño antes, durante y después del proceso de justicia.

"9. El derecho a la reparación". Los niños víctimas y testigos deben recibir, siempre que sea posible, reparación a fin de lograr el pleno resarcimiento, reintegración y recuperación.

- c) *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*³¹. En ellas se desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún, 2002). Estas Reglas tienen "como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna".

Al hacer referencia a los beneficiarios, realizan una definición del concepto de "persona en situación de vulnerabilidad", es decir, aquellas "personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Como vemos, entre ellos enuncia la vulnerabilidad por razón de edad, la que se puede dar porque la persona aún sea niño, niña o adolescente (a quienes define como toda persona menor de dieciocho años de edad), estableciendo que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Lo que estas reglas intentan procurar es que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como una consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

- d) *Las Guías de Santiago Sobre Protección de Víctimas y Testigos* dedica un capítulo especial denominado "Especial referencia a los niños y adolescentes víctimas" y establece que en materia de víctimas menores de edad, deben tenerse muy especialmente en cuenta las antes mencionadas Directrices contenidas en el documento "Justicia para los Niños y Víctimas y Testigos de Delitos" adoptadas por la Oficina para los Derechos del Niño (Canadá, 2003). Estas guías se refieren expresamente a la cautela con que debe ejercerse la participación, cuidando su identidad, imagen e intimididad. Su testimonio debe tomarse evitando cualquier

Reglas de Brasilia

Lo que estas reglas intentan procurar es que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como una consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

30 Ello en consonancia con los ya citados arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 y 27 de la ley 26.061 a nivel nacional.

31 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, dictada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

riesgo de victimización secundaria: a) el menor debe ser acompañado por una persona idónea, b) que se le informe debidamente sobre el porqué de su intervención, c) que el interrogatorio sea dirigido por un profesional especializado, d) que se evite la visualización o enfrentamiento con otras personas implicadas en el procedimiento.

- e) Ya en 1988 Puerto Rico había sancionado su *Carta de Derechos de Víctimas y Testigos*, en la que se establece una serie de derechos similares a los contenidos en los convenios y/o reglas citadas precedentemente, sin embargo, consideramos destacar dos de ellas: la primera se refiere a la necesidad de disponer de áreas especiales en la sede del Tribunal para evitar el contacto de las víctimas con los responsables del hecho delictivo, y la segunda dice que se trate de un "menor de edad o incapacitado, no sea preguntado sobre el alcance del deber de decir la verdad, que no se le tome juramento o afirmación en este sentido, e instar las acciones por delitos sexuales y maltrato...".

Estos instrumentos, bien utilizados, conjuntamente con la norma constitucional, Convención sobre los Derechos del Niño, y la legislación nacional, nos dan las herramientas necesarias para resguardar los derechos de nuestros niños y evitar su victimización secundaria.

Queda evidenciado que existen instrumentos que se ocupan de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos. Estos instrumentos, bien utilizados, conjuntamente con la norma constitucional, Convención sobre los Derechos del Niño, y la legislación nacional, nos dan las herramientas necesarias para resguardar los derechos de nuestros niños y evitar su victimización secundaria. Todos los preceptos de los documentos citados deben servir de base a cualquier legislación específica que se dicte en protección del niño, niña o adolescente víctima; sin perjuicio de ello, sin esperar una legislación específica todos estos principios deben impregnar los ámbitos judiciales y/o administrativos en los que sea sujeto pasivo de un hecho delictual un niño, niña y/o adolescente.

6.2. De la legislación nacional y local

- a) A nivel nacional recientemente se sancionó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas³², que dedica completamente su Título II al tratamiento de los "Derechos de las Víctimas" y en el art. 6°, en el caso de niños, entre otros derechos establece: recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprenda, y en forma accesible a su edad y madurez; recibir alojamiento, manutención, alimentación, etc.; también establece el derecho a asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; como también prestar testimonio en condiciones especiales de cuidado y protección, la adopción de medidas para garantizar su integridad física y psicológica; el derecho a ser informadas del estado y evolución de las actuaciones, etcétera. Y aclara particularmente en su último párrafo, que en caso de niños, niñas y adolescentes, también se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales³³.
- b) A principios de este año se sancionó la ley 26.485³⁴ denominada Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que en su art. 16 establece derechos y garantías mínimos de procedimientos judiciales y administrativos, como gratuidad de actuaciones judiciales y patrocinio especializado, ser oída personalmente por el juez, la protección de su intimidad, etcétera. Cuando el art. 26 hace referencia a las personas autorizadas a realizar la denuncia, en el inc. b) se establece que "La niña o la adolescente directamente o través de

32 Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, sancionada el 9-4-2008.

33 Ley 26.364, art. 6° *in fine*: "En el caso de niños, niñas y adolescentes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad".

34 Sancionada el 11-3-2009.

sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", y en el art. 28, al describir los recaudos que deben tomarse para llevar adelante la audiencia, respecto de niñas y/o adolescentes víctimas, establece que deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

- c) A su vez, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe la Ley de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Violencia Familiar y Doméstica³⁵. Dentro de las medidas de asistencia existen los centros de atención inmediata, que se ocuparán de asistir a las víctimas dentro de las 24 horas de producido el hecho de violencia, y las derivarán luego a los centros de atención integrales. Todos los centros de atención inmediata contarán con profesionales en medicina, trabajo social, derecho y psicología, y todos los empleados abogados a la tarea de esta primera atención tendrán la obligación de informar a las víctimas acerca de los derechos reconocidos en la ley. A su vez, ordena la definición de protocolos para la intervención de las distintas dependencias, a fin de evitar la doble victimización, esperas o traslados innecesarios. Prevé un tratamiento de niños, niñas y adolescentes que fueran víctimas de maltrato, debiendo darse intervención inmediata al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- d) Y más reciente es la denominada Ley de Tráfico de Personas³⁶, en el ámbito de la ciudad, en el marco de lo establecido por la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que garantiza la asistencia integral a víctimas de trata de personas; y entre ellas las de asistencia médica y psicológica y el patrocinio jurídico adecuados a la víctima de trata de personas.
- e) Dentro de los mecanismos de protección de la víctima se puede citar la ley 25.852, por la cual se incorporó al Código Procesal Penal de la Nación el art. 250 bis, que establece el requisito de un psicólogo especializado para la entrevista y la cámara Gesell en caso de que la víctima no haya cumplido los 16 años. El Ministerio Público tiene una participación importante, no sólo en relación con la forma de declarar sino con la conveniencia o no de que declaren menores de 7 años, y sean sometidos a pericias, el derecho de los menores a ser oídos, acuerdos de juicios abreviados cuando la víctima fue un menor de edad, etcétera. En la resolución 59/09³⁷ de la Procuración General de la Nación, se establece que "en todos los procesos que involucren como víctimas o testigos a menores de 18 años se proceda del modo regulado en el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación".
- f) Como al analizar la legislación internacional, estas herramientas utilizadas en conjunto con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 brindan la posibilidad de la defensa y protección de los derechos del niño cuando es víctima. Y también, cuando eso sucede, no sólo cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante, y como persona autónoma reclamar por sus derechos por sí mismo.

Y también, no sólo cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante, y como persona autónoma reclamar por sus derechos por sí mismo.

35 Ley 1688 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 28-4-2005.

36 Ley 2781 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 10-7-2008.

37 Resolución de la Procuración General de la Nación 59/09, dictada el 2-6-2009.

7. Conclusiones

Aún hace falta trabajar más, para que no se delimite de manera rígida en los 14 años el derecho a ser parte en un proceso, y/o querellar y/o designar un abogado, sino que se aplique la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, que no fijan pautas etáreas sino que la participación del niño devendrá de su posibilidad de formarse un juicio propio y será valorada "en función de la edad y madurez del niño teniendo en cuenta el acto de que se trate". Esto quiere decir que cada niño es distinto y quizás llegue a su madurez en distintos momentos de la vida. Por ello, cada caso debe ser evaluado particularmente.

Es obligación del Estado y de la sociedad en sus distintos estamentos tomar todos los recaudos necesarios, para que los niños, niñas y adolescentes no sufran la doble victimización que experimentan hoy en día aquellos infantes que se ven involucrados en la comisión de un delito como sujetos pasivos.

Existe legislación que apoya lo mencionado, sin embargo, podría ser importante mejorar las leyes para que se definan mejor los derechos del niño, incluyendo expresamente los principios enunciados en los Convenios reseñados. Se deben difundir los derechos de los niños a que tengan su abogado, que puedan ser querellantes y participar en el proceso, debidamente informados. Creemos que bien llevado un proceso en lugar de ser una segunda victimización puede ser aquello que le permita al niño, niña o adolescente vivir mejor su duelo y finalizar un ciclo doloroso de su vida. Anker Ullrich señala "el proceso penal en un menor se convierte en un rito donde puede elaborar discursiva y anímicamente su duelo y dolor frente a un mundo de significados que le objetivará y traslucirá mediante la judicialización".

Es obligación del Estado y de la sociedad en sus distintos estamentos tomar todos los recaudos necesarios, legislativos, judiciales y administrativos para que los niños, niñas y adolescentes no sufran la doble –y podríamos decir hasta la múltiple– victimización que experimentan hoy en día aquellos infantes que se ven involucrados en la comisión de un delito como sujetos pasivos.

Es pertinente recordar las palabras de dos eminentes juristas que hicieron del derecho de defensa una bandera de lucha. El Dr. Morello dijo: "los últimos años de la centuria, exhiben en los corredores del gran mapa jurídico como una de las notas más destacables el tránsito del estado de derecho al estado de justicia. Ello importa no dejar en orfandad situaciones tutelares que demandan como ocurre con las expectativas derecho y posición de los niños, una organización o cobertura que recepte vanguardistas instrumentos técnicos y además el reconocimiento de nuevas legitimaciones extraordinarias que rápidamente dejan de ser excepcionales o residuales al convertirse en necesarias o normales".

Recordemos al querido maestro Bidart Campos, que nos enseñó que la legitimación procesal es un problema constitucional que la ley no puede resolver a su criterio porque si no asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no se facilita debidamente, estamos dilapidando todas las prédicas referidas a los derechos humanos.

No nos asustemos de los niños ni de sus potencialidades. Escuchémoslos y pongámonos a su servicio.