

# La justicia penal juvenil desde la perspectiva del niño víctima: hacia un cambio de paradigma

*Juvenile justice from the perspective of the child victim: towards a shift of paradigm*

---

DANIEL ADLER \*

---

**Resumen** · Según informes de organismos internacionales, América Latina y el Caribe resultaron ser los lugares donde mayor exposición a la violencia y vulnerabilidad presentan los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, Unicef ha exigido un enfoque integral y multidisciplinario para poner fin a la violencia contra las niñas y los niños y, para ello, ha requerido fortalecer el sistema de justicia. El problema, no obstante lo anterior, es que el niño víctima prácticamente no existe en el mapa de los sistemas penales latinoamericanos. La preocupación teórico-práctica gira en torno del niño imputado, pero poco nos hemos ocupado del niño víctima. Ante ello, la finalidad de este trabajo consiste en realizar un recuento histórico de la visión del niño delincuente en los sistemas de justicia latinoamericanos, y proponer un cambio de paradigma que incluya una perspectiva del niño víctima para su asistencia, contención y protección en la sociedad. Si el niño víctima no tiene justicia, se generan en ese niño las condiciones para el niño imputado y tiene más probabilidades de ser seleccionado por las agencias penales.

**Palabras clave** · Justicia juvenil – niño imputado – niño víctima – derechos del niño – paradigma de justicia

\* Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata y profesor de Derecho Penal por la misma universidad. Fiscal General Federal coordinador de los juicios de lesa humanidad en Mar del Plata. Correo de contacto: deadler@ciudad.com.ar



**Abstract** • According to reports from international organizations, Latin America and the Caribbean turned out to be the places where children and adolescents are most exposed to violence and vulnerability. In this sense, Unicef has demanded a comprehensive and multidisciplinary approach to end violence against girls and boys and, to this end, it has required strengthening the justice system. The problem, notwithstanding the foregoing, is that the child victim practically does not exist on the map of Latin Americans penal systems. Theoretical-practical concerns revolves around the accused child, but little has been done about the child victim. Therefore, the purpose of this work is to develop an historical account of the vision of the delinquent child in Latin Americans justice systems, and to propose a shift of paradigm that includes a perspective of the child victim for their assistance, care and protection in society. If the child victim does not have justice, the conditions for the accused child are generated and they are more likely to be selected by the criminal agencies.

**Keywords** • Juvenile justice – accused child – child victim – rights of the child – paradigm of justice

## 1. Introducción

En el año 2017, el informe de Unicef para Latinoamérica y el Caribe, titulado “Poner fin a la violencia”<sup>1</sup>, indicaba que la región resulta ser la más violenta y desigual del mundo. Allí viven ciento noventa y tres millones de niños, niñas y adolescentes que conviven con esas violencias. Uno de cada dos niños es sometido a castigo corporal en el hogar. 24.500 adolescentes entre 10 y 19 años son asesinados. Siete millones se encuentran en tránsito, huyendo de la pobreza o la violencia, y resultan potenciales víctimas de trata y tráfico de personas. Un millón cien mil han sufrido violencia sexual o un acto sexual forzado.<sup>2</sup>

Unicef ha exigido un enfoque integral y multidisciplinario para poner fin a la violencia contra las niñas y los niños y, para ello, ha requerido fortalecer el sistema de justicia. Esto, con el fin de prevenir la violencia antes de que ocurra y de responder con servicios adecuados una vez que suceda.

Esas violencias constituyen, muchas veces, acciones típicas y antijurídicas, esto es, delitos penales. En los ordenamientos normativos

1. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/poner-fin-la-violencia>.

2. Ver, de la misma Unicef, el informe “Niños y niñas en América Latina y el Caribe. Abordando los derechos de 193 millones de niños y adolescentes”, disponible en <https://www.unicef.org/lac/ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as-en-am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe> (última consulta realizada el día 20/11/2019)

penales latinoamericanos los niños, niñas y adolescentes (NNyA) parecen un alma en pena en busca de un cuerpo legal que les reconozca efectivamente sus derechos.

El niño víctima prácticamente no existe en el mapa de sus sistemas penales. La preocupación teórico práctica gira en torno del niño imputado, pero poco nos hemos ocupado del niño víctima. Los instrumentos internacionales, al establecer la necesidad de un fuero especializado, no distinguen si lo es para niños imputados o niños víctimas. En el derecho penal de fondo la discusión se ha centrado, cíclica y circularmente, en la edad a partir de la cual se es imputable.<sup>3</sup> Pocas normas penales de fondo han referenciado al niño como sujeto pasivo que debe ser especialmente considerado por las menores posibilidades de defenderse.<sup>4</sup> Hay un notorio descuido de la niñez víctima en el sistema penal, con excepciones que confirman la regla.<sup>5</sup>

3. Acerca de la cuestión, dice Mary Beloff que “estas propuestas de reducción de la edad penal sorprenden no solo por su escandalosa simplificación de un problema estructural que se agrava cada día, sino por ignorar los datos de la realidad, los cambios legales y jurisprudenciales ocurridos en las últimas dos décadas, y los pírricos resultados de propuestas similares implementadas en todo el continente en esos años” (2019: 55).

4. Las normas vinculadas a los delitos contra la vida y la integridad física no contienen referencias típicas en caso de niños o niñas víctimas (arts. 80, 92 y concordantes del Código Penal argentino). En el delito de trata de personas, la mendicidad de niños y niñas no ha sido expuesta como una modalidad específica de explotación, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones y recomendaciones internacionales. Sí se ha puesto esfuerzo en su persecución (véase: <http://www.fiscales.gob.ar/trata/rosario-procesaron-a-cuatro-acusados-de-trata-de-personas-con-fines-de-reduccion-a-la-servidumbre>). Se ha establecido en el art. 148 bis del mismo cuerpo legal la sanción para aquellos que aprovecharon económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil. Se exceptúan las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente, y no se castiga ni a los padres, tutores o guardadores, en la inteligencia que constituyen la familia del niño.

5. Una de ellas es la presencia de los defensores oficiales de la Defensoría General de la Nación actuando como asesores de menores en los juicios orales y públicos en favor de niños víctimas. Así lo establece la ley de Ministerio Público de la Defensa (art. 43 inc. f de la ley 27.149 de la Argentina). Otra ha sido la labor del Defensor de Niños Julián Axat en la ciudad de La Plata, presentándose como querellante en los casos de niños víctimas de violencia institucional. Cabe destacar la Resolución 19/99 de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, dictada por el Dr. Julio Conte Grand, que dispone que “[e]n todo proceso donde se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual que tuviera como víctima a una persona menor de edad, con capacidad restringida o incapacidad, el agente fiscal deberá dar intervención inmediata al Asesor de Incapaces y al Curador Oficial zonal, en caso de que la persona se encontrase bajo su apoyo o curatela”.

La omisión es grave: el niño imputado fue, la mayor parte de las veces, un niño víctima que no tuvo asistencia, contención, protección y representación legal en el proceso penal. Esas ausencias repercuten en la subjetividad del niño víctima que no percibe justicia para su caso y contribuyen a la construcción de un niño vulnerable a la selección criminalizante del sistema penal. Si el niño víctima no tiene justicia, se generan en ese niño las condiciones para el niño imputado y tiene más probabilidades de ser seleccionado por las agencias penales. ¿Por qué entonces no comenzar por el principio en el sistema de administración de justicia, esto es, por el *niño víctima*?

En el ámbito penal, la protección integral de la niñez<sup>6</sup> debe entenderse no solo para los niños imputados, sino también para los que son víctimas de delitos. La ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes impone un mínimo de garantías, sin distinguir entre víctimas o imputados.<sup>7</sup>

6. A partir de los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, la legislación tanto a nivel nacional como provincial ha adoptado el sistema de protección integral previsto en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley de protección integral 26.061. Normas constitucionales, convencionales y legales de plena operatividad. Principalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22. También las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Riad (Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del Informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones de fecha 14 de diciembre de 1990), las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de UN; y los fallos de la Corte Interamericana de DDHH y sus opiniones consultivas, en especial las que tuvieron como demanda a la República Argentina (v. gr., caso “Mendoza”), y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han recogido los estándares internacionales (v. gr., caso “Maldonado”).

7. El art. 27 de la ley 26.061 exige que todos los organismos del Estado garanticen 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

## 2. El sofisma del sistema binario: niño abandonado-niño delincuente

Los siglos XIX y XX estuvieron presididos, en materia de niñez, por el paradigma del niño en situación irregular o de abandono. El fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo asoció a “un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”. Con cita de Anthony Platt (1982) en su obra clásica *Los salvadores del niño*, la Corte estableció que “bajo el ropaje de regirse por principios ‘protectores’, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos”.<sup>8</sup>

Esto se veía claramente en el anterior sistema de justicia de menores en la Provincia de Buenos Aires. Había dos secretarías: una social, del niño víctima o niño en estado de abandono; la otra penal, del niño imputado. Al respecto, le pedí hace treinta años a una reconocida secretaria judicial del entonces llamado Tribunal de Menores que me explicara cómo funcionaba ese fuero. Palabras más, palabras menos, me dijo: “Los niños que hoy tenemos en la secretaría social en situación de abandono, seguramente los tendremos mañana en la secretaría penal como imputados de delitos”.<sup>9</sup>

Se trataba de un sistema de gestión y de control de la ideología de la situación irregular o estado de abandono. Las secretarías sociales de los tribunales de menores articulaban con los diferentes organismos del Estado, además de ocuparse de una multiplicidad de acciones del derecho de familia, principalmente las adopciones. Se ocupaban del niño en situación de abandono. Las secretarías penales eran las malas de la película. Su competencia era la del menor que había cometido delitos. En realidad,

en todo el procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

8. CSJN fallo del 7/12/2005 M. 1022. XXXIX. “Recurso de hecho. Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174C, considerandos 27 y 28.

9. Por cuestiones obvias, mantengo la fuente de esa entrevista como anónima.

eran dos caras de la misma moneda. El niño abandonado de la secretaría social se convertía, al poco tiempo, en el menor de la penal.<sup>10</sup>

Había una historia del niño contada en los tribunales; un camino descrito en un expediente social que luego pasaba al fuero penal, todo ante el mismo Tribunal de Menores a cargo de un juez que hacía de asistente social, de investigador de delitos y de juzgador. Un mismo actor contaba toda la historia: el mismo juez que un día había protegido al “niño” al otro condenaba al “menor”. ¿Cómo saber si, finalmente, aquella situación tutelar fracasada no había incidido para que el niño víctima no se convirtiera en el menor delincuente? El fracaso del juez tutelar del niño se convertía en el éxito del juez penal de menores, quien dejaba a los asistentes sociales en una ventanilla y atendía a la policía en la otra.

Era una situación indudablemente compleja. A la historia del niño delincuente precedía la del niño abandonado, víctima muchas veces de delitos. Se ha criticado, y con razón, ese sistema, por la ausencia de controles judiciales sobre las detenciones de niños a partir de la discrecionalidad de los jueces de menores.

Las condenas a los niños eran pocas. Los jueces de menores cumplían prevalecientemente su función tuteril y no la represiva, lo cual llevaba, indirectamente, a largas detenciones sin sentencias. La ausencia de garantías para los niños imputados, por un lado, y las campañas de ley y orden que exigían su castigo, por el otro, generaron un consenso para la instauración de los juzgados penales especiales para jóvenes en infracción a la ley penal. Una serie de instrumentos internacionales que obligaban a adecuar la legislación procesal penal para niños y diversas recomendaciones internacionales avalaron su creación.

### **3. Los sistemas de protección unidimensional**

Ahora bien, cabe preguntarnos qué es lo que ha sucedido desde la creación del fuero penal juvenil, claramente legitimado por la situación

10. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Maldonado” expresó “que una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación” (considerando 25 del fallo).

descripta en el punto anterior. El sistema penal juvenil se ha vuelto unidimensional, pues ve sólo al niño en infracción a la ley penal, pero no al niño víctima de un delito. Se enuncia un modelo integral de derechos, pero se ha puesto en funcionamiento un sistema penal que no atiende con especialidad al niño que ha sufrido un delito. La creación del fuero de Responsabilidad penal juvenil ha constituido un avance para el niño imputado de delitos, al cual se lo ha revestido de garantías, pero poco se ha evolucionado respecto del niño víctima.

En este sentido, las secretarías sociales de los viejos tribunales de menores que se ocupaban de los niños víctimas de delitos no fueron reemplazadas en el sistema judicial.<sup>11</sup> Es decir, que hoy en día ningún organismo judicial se ocupa con especialidad del niño víctima del delito.

Sin duda que con la enumeración de una serie de derechos en los ordenamientos de fondo y procesales que se encontraban en la Convención de los Derechos del Niño,<sup>12</sup> se ha dado un salto de calidad hacia el sistema de protección integral, pero con ello no alcanza. Se requiere que la protección integral sea efectiva, esto es, que se traduzca en magistrados, funcionarios y especialistas de otras disciplinas que se ocupen también del niño víctima.

La repartija competencial entre la administración pública y los juzgados de familia no tuvo en cuenta la necesidad de contención, asistencia y representación del niño en el ámbito del sistema penal. Sin duda fue positiva la reforma, en cuanto se ha revestido al niño imputado de las

11. El niño en estado de abandono, del que se ocupaban estas secretarías, era muchas veces víctima de delitos. La página oficial del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires enuncia que “[l]a Asesoría posee competencia judicial para asistir los derechos de personas menores de edad cuando existe un trámite judicial vinculado a conflictos familiares (por ejemplo el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación, la cuota alimentaria, la adopción, casos de violencia familiar, entre otros); en los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes según el Sistema de Protección Integral de Derechos; **también cuando o un niño o una niña es víctima de un delito**; en general la Asesoría interviene en cualquier tipo de proceso judicial que comprometa los derechos de una persona menor de edad” (extraído de: <https://www.mpba.gov.ar/asesoria>, el resaltado nos pertenece). No obstante lo anterior, lo cierto es que la experiencia en algunos tribunales criminales de Mar del Plata, demuestra que los procesos donde los niños son víctimas no tramitan por ante jueces especializados en niños. Los jueces de mayores juzgan estos casos, y son contadas las veces en las cuales los niños son asistidos en estos procesos por los asesores de menores.

12. Así sucede con las leyes 13.268 y 26.061.

garantías constitucionales que antes no tenía, pero el niño víctima no es acompañado en el proceso penal por un equipo interdisciplinario de apoyo psicológico y social ni cuenta con patrocinio y asistencia en ese marco.

En mi opinión, asistimos a una justicia que solo ha puesto la mira en el niño imputado, eufemísticamente llamado “menor en infracción a la ley penal”.<sup>13</sup> La justicia especializada del niño y del joven hoy sólo se ocupa del que ha sido seleccionado por el sistema penal para responder de infracciones penales. Y ha dejado al niño víctima u abandonado en manos del poder administrador, fortaleciendo así una idea punitivista y debilitando la reparatoria de la subjetividad de las víctimas. Resultaría relevante contar con jueces, fiscales y defensores especializados para dirimir la responsabilidad de los ofensores de los niños, y equipos interdisciplinarios que apoyaran la labor de estos organismos judiciales y acompañaran al niño durante el curso de la causa, haciéndole inteligible el proceso de justicia y expliquen su resultado final.

La disección de las viejas secretarías sociales de los tribunales de menores, se realizó sin darle al sistema administrativo recursos suficientes. Así se dice expresamente en el mensaje que el Poder Ejecutivo remite al Congreso para la nueva ley de responsabilidad penal juvenil.<sup>14</sup> Tampoco se suplió en el sistema judicial este espacio de contención para niños víctimas. Dudo que este sistema unidimensional haya logrado su fin último: bajar el índice de delitos que cometen los niños y adolescentes. Sobre la cuestión no hay estadísticas.

#### **4. Hacia un nuevo paradigma: protección integral del niño víctima y del niño imputado**

13. Cuando se “porta bien” se lo llama niño, pero cuando se le imputa un delito pasa a llamarse menor. Acerca de los eufemismos de la justicia de menores, CSJN *in re* “Maldonado” (“Que otra característica, no menos censurable, de la justicia penal de menores, es que se ha manejado con eufemismos”, considerando 26).

14. En la nota de elevación del anteproyecto de ley penal juvenil, se dice lo siguiente al respecto: “[c]abe destacar que, a nivel provincial, algunas jurisdicciones, pese a la aún vigencia de la Ley N° 22.278 y sus modificatorias, han ido avanzando y adaptando sus legislaciones internas a los estándares internacionales, dictando códigos procesales penales juveniles o leyes locales de protección integral de niñez. Sin embargo, conforme se desprende de relevamientos efectuados en varias de tales jurisdicciones dicha letra aún no ha sido acompañada de las estructuras necesarias que le den operatividad”.

Hoy no se pone en discusión la distinción entre niño imputado y niño víctima, ni hay que recurrir al eslogan gastado niño abandonado-niño delincuente. Sin embargo, si durante el curso de un proceso no se toman las medidas cautelares necesarias, se pueden generar las condiciones para que el mismo sistema de justicia contribuya, por acción u omisión, a la construcción del niño imputado. La descripción del mismo sistema penal como co-constructor de la criminalidad ya ha sido tratado por la criminología crítica en este aspecto.

Quizás una de las primeras cuestiones que debería plantearse con claridad es la necesidad de garantizar un proceso rápido para los NNyA víctimas. En tal sentido, resulta determinante evitar las cuestiones de competencia, que dilatan innecesariamente la reparación que debe otorgar la resolución de los jueces y juezas que entienden en estas cuestiones. La cuestión de la competencia no es un tema menor, y ha sido y es motivo de continuos debates. No debería discutirse más el tema: cuando haya un niño, niña o adolescente víctima de delitos debería intervenir el Tribunal de Menores, aun cuando los imputados sean mayores.<sup>15</sup>

La idea de contar con una justicia especializada también para niños víctimas de delitos no es un prurito formal anclado sólo en la letra de las Convenciones internacionales y leyes nacionales, argumento, por cierto, suficiente para su consecución. Hay argumentos psiquiátricos, psicológicos, sociales y valorativos para hacer efectiva la plena vigencia de los derechos humanos de los NNyA: la pronta y adecuada realización de la justicia fortalece su autoestima, repara la subjetividad dañada y es un elemento que disipa la posibilidad que ese niño resulte, el día de mañana, vulnerable a la selección del sistema penal.

De allí la importancia de que rápidamente se ponga la mira en la adopción de los mecanismos legales y procesales para que el niño víctima tenga acceso a la justicia. Un niño que percibe la realización de la justicia respecto de su caso creará en los valores sociales que se predicán; texto y realidad se dan allí la mano y permiten fortalecer su subjetividad.

15. Esta cuestión fue renovada recientemente en el caso “Chocobar”. Ver al respecto: <http://fiscales.gob.ar/fiscalias/el-juicio-al-policia-luis-chocobar-se-hara-en-el-fuero-de-menores> (última consulta realizada el 20/9/2019)

Dice Imbriano que “la posibilidad de un sujeto de inscribir la ley le posibilita su lugar como ciudadano. Si la ley está en suspenso o funciona como simulacro produce falta de garantías y desubjetivización” (2012: 121).<sup>16</sup> La reparación es fundamental para evitar uno de los efectos posibles del maltrato en la estructuración subjetiva de los niños, niñas y adolescentes. Así, dice Janin (2012) que uno de ellos es la “repetición de la vivencia en su forma activa o pasiva” y otro “la actitud vengativa frente al mundo” (p. 234).

Es decir, que la reparación del niño víctima es un factor necesario para evitar el niño imputado y la generación de nuevas víctimas, que serán, posiblemente, niños y niñas. Un círculo que puede comenzar a cortarse con la afirmación de la ley.

Lo que se pretende es un sistema penal que proteja no solo al niño imputado sino también al niño víctima, teniendo en cuenta que el primero puede ser víctima del mismo sistema penal.<sup>17</sup> La realización de la justicia respecto del niño víctima permite que ese niño, al observar que la justicia se realiza en el caso que lo tuvo como víctima, tenga mayores posibilidades de un sano desarrollo psicosocial. Su subjetividad dañada puede ser reparada a través de una sentencia que lo reconozca como víctima. El Estado a través de una resolución establece que el hecho ha sucedido, y que él ha sido víctima de un hecho delictivo; sanciona efectivamente al infractor, lo cual es reparador para la víctima, a la vez que permite instaurar medidas a su favor.

No hay en Argentina estudios de campo sobre niños víctimas y sobre cómo la realización de la Justicia respecto de sus casos contribuye a su desarrollo psicosocial. Esto nos indica la ausencia de preocupación del sistema por esta cuestión.

16. Agradezco a la Licenciada en psicología Laura Salgueiro la discusión sobre estos temas.

17. La necesidad de distinguir entre niños víctimas y niños imputados ha sido reconocida tanto por nuestra Corte como por la Corte de los EE. UU. (“Kent v. United States”, 383 US 541, 1966). Así también, “el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de que la ley 10.903, de 1919, y la ley 22.278, que se basan en la doctrina de la ‘situación irregular’, no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia” (CSJN, fallo “Maldonado”, considerando 30).

Creo, *in genere* y aún sin estudios de campo pero sí con la consulta a pediatras y psiquiatras infanto juveniles, que un niño que percibe la realización de la Justicia respecto de un caso que lo tuvo como víctima, tiene menores probabilidades de ser alcanzado por el sistema de justicia penal juvenil como imputado. La justicia del caso es reparadora para la subjetividad de las víctimas, y este fortalecimiento de la personalidad contribuye al desarrollo psicofísico y a evitar las conductas disvaliosas. Parto, además, de una observación empírica: gran parte de los imputados de varios tipos de delitos fueron primero víctimas, y respecto de sus casos fue nula o casi nula la intervención en su favor a través de asistencia, tratamiento y representación.

La Ley nacional de víctimas refuerza esta idea, al establecer las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima requiere se adopten “atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas”.<sup>18</sup> Por el contrario, el sistema judicial juzga sin distinguir si las víctimas son niños o adultos, y las situaciones son diversas, pese a la buena voluntad de los operadores judiciales. Los avances han sido recientes y escasos.<sup>19</sup>

La conformación de tribunales especiales para tratar estos casos no es un tema complejo. Sí requiere una especial preparación de los jueces, defensores, fiscales y asesores, como también la conformación de un equipo interdisciplinario especial que acompañe al niño durante todo el proceso penal. Algunos delitos que tienen a los niños como víctimas exigen especial versación.

Por ejemplo, el abuso sexual infantil (ASI), que no sólo requiere el conocimiento médico legal y psiquiátrico forense correspondiente, sino también capacidad de psicología judicial para dirimir la ponderación del testimonio de los niños. El *grooming*, el *bullying* y el *mobbing* indican

18. Art. 4, inc. B, de la ley 27.372.

19. Se ha avanzado en especial en el modo de recibir el testimonio de los niños. Prácticamente todas las jurisdicciones han adoptado el sistema de recepción de la testimonial en Cámara Gesell o dispositivo similar, con intervención de una profesional de la psicología y grabación de la declaración para evitar luego la revictimización del niño (v. gr., art. 254 quater del CPPN).

modalidades con autonomía típica o posiblemente asociadas a conductas delictivas (amenazas, lesiones, extorsión, etc.) que requieren la preparación jurídica, psicológica y sociológica específica. Especial versación requiere la violencia sufrida por los niños y las niñas en sus familias y, en especial, contra sus madres. Esta es una de las principales causas que contribuye a su futura vulnerabilidad, porque estas situaciones disruptivas repercuten directamente en el desarrollo de sus personas. Así, desde la observación empírica los profesionales de la salud mental han establecido las siguientes consecuencias (Espinosa Bayal, 2004):

|                      | PRINCIPALES CONSECUENCIAS  |
|----------------------|--|
| Desarrollo social    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dificultades de interacción social</li> <li>• Problemas de agresividad</li> <li>• Problemas de inhibición</li> <li>• Dificultades para interpretar las claves sociales</li> <li>• Falta de habilidades de resolución de problemas Sociales</li> <li>• Tendencia a interpretar de forma hostil la conducta de los otros</li> </ul> |
| Desarrollo emocional | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Falta de empatía</li> <li>• Dificultades para expresar y comprender emociones, tanto propias como ajenas</li> <li>• Problemas de autocontrol de la propia conducta</li> </ul>   |
| Desarrollo cognitivo | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Baja autoestima</li> <li>• Indefensión aprendida</li> <li>• Tendencia a no enfrentarse a nuevas tareas por miedo al fracaso y/ a la frustración</li> <li>• Problemas de egocentrismo cognitivo y social</li> <li>• Juicios morales heterónomos: más permisivos con sus transgresiones que con las de los demás</li> </ul>         |

Es decir, se conforma a partir de la violencia de género un modelo de construcción social que permite la formación de personas vulnerables

(Espinosa Bayal, 2004; Asensi Pérez, 2007).<sup>20</sup> Así, afirman los especialistas en violencia que

“[E]l hecho de que los niños sean testigos de la violencia como el que, además, puedan ser víctimas de ella conlleva toda una serie de repercusiones negativas tanto para su bienestar físico y psicológico como para su posterior desarrollo emocional y social. [...] Las investigaciones sobre distintos tipos de víctimas han demostrado claramente que la violencia física, psicológica o sexual, ejercida sobre una persona, causa en ésta toda una serie de repercusiones negativas a nivel físico y psicológico. Además del posible daño físico, tras una experiencia traumática se produce una pérdida del sentimiento de invulnerabilidad, sentimiento bajo el cual funcionan la mayoría de los individuos y que constituye un componente de vital importancia para evitar que las personas se consuman y paralicen con el miedo a su propia vulnerabilidad (Janoff-Bulman y Frieze, 1983; Perloff, 1983). En el caso de los niños que no sólo son testigos del maltrato hacia su madre sino que, a la vez, también son víctimas de esa violencia, la pérdida es todavía, si cabe, mucho más desequilibrante, pues afecta a un componente absolutamente necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor, el sentimiento de seguridad y de confianza en el mundo y en las personas que lo rodean” (Patrón Hernández & Limiñana Gras, 2005: 12).

La situación tiene reconocimiento legal. Los niños y niñas que viven en un ambiente intrafamiliar de violencia de género reúnen tres condiciones de las reglas de Brasilia para ser consideradas personas vulnerables: son niños y niñas, son víctimas y han sufrido violencia de género. Para las Reglas de Brasilia,<sup>21</sup> “[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, [...] la victimización, [...] el género”.<sup>22</sup> El

20. Sobre la disrupción de la violencia y sus consecuencias sobre los niños, con profundidad psicoanalítica, ver J. E. Tesone, “Femicidio y orfandad”, presentado en la H. Cámara de Diputados de la Nación en noviembre de 2016, en la Mesa debate “Femicidio: una problemática actual”, con motivo del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer.

21. Se definen como un “[c]onjunto de 100 reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Desarrollan los principios recogidos en la ‘Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano’ (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada ‘Una justicia que protege a los más débiles’ (apartados 23 a 34). Contienen, por un lado, unos principios de actuación o ideas básicas que deben inspirar la materia, aportando elementos de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población; y, por otro lado, establecen una serie de recomendaciones que pueden ser de utilidad en la actuación de los responsables de las políticas públicas judiciales y de los servidores y operadores del sistema judicial” (extraído de <https://bit.ly/3gILHvP>, enlace consultado el 20/9/2019). Asimismo, estas reglas han sido aprobadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los Ministerios Públicos.

22. Sección 2 (4) de las reglas de Brasilia. Estas reglas han sido aprobadas por la CSJN y por los Ministerios Públicos.

concepto de victimización en las reglas incluye a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa, y se destacan especialmente las personas menores de edad y a las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar.

Ni hablar de la trata de personas en todas sus formas de explotación y la penalización de trabajo infantil,<sup>23</sup> recientemente sancionado como delito. A esto deben agregarse los tipos penales convencionales que tienen, por cierto, sus complejidades.

Por último, las masacres que han tenido a niños como víctimas de delitos, con responsabilidad de los Estados nacionales en la omisión de una seria investigación de esos hechos, son fenómenos complejos que requieren de específica preparación de los agentes judiciales.<sup>24</sup> Nuestro país no ha sido ajeno a ello. En el año 2013, el Defensor de niños de La Plata, paradójicamente la “Ciudad de los Niños”, presentó un completo informe a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dando cuenta de que en menos de un año hubo **“seis crímenes de niños** bajo distintas circunstancias y modalidades; sin embargo, todos tienen similares características: a) son muertes violentas; b) se trata de niños y adolescentes marginales atendidos por esta defensoría; c) ocurren en las mismas zonas; d) existe algún grado de participación o relación policial en las mismas” (Defensor de Niños de La Plata, 2013: 2-3, el resaltado pertenece al original).

No sólo ello: observó, además, que en la mayoría de las investigaciones de esos crímenes no había “avances significativos; las personas directamente implicadas (policías) recuperan la libertad de inmediato una vez que realizan su descargo” (Defensor de Niños de La Plata, 2013: 6). Y que tampoco “se advierte se haya dado cumplimiento a la Resolución 1390/01 de la Procuración General; es decir se evite en los actos investigativos que la propia Policía Bonaerense cumpla actos en la instrucción” (ibid.). Cabe preguntarse cómo fortalecerán su subjetividad en relación al valor social justicia los integrantes de cada una de esas

23. Véase nota 2.

24. Son numerosos los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el punto. Véase “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 5. Niños, niñas y adolescentes”, disponible en <https://bit.ly/33EZcsV>

familias, algunos incluso niños, que observan cómo sus niños no han tenido respuesta del sistema judicial.<sup>25</sup>

## **5. Medidas procesales y de acompañamiento para el nuevo paradigma de protección del niño víctima**

Las Naciones Unidas, a través de su Oficina contra la Droga y el Delito, ha propuesto una ley modelo de protección de niños y niñas víctimas, que “abarca la protección de los niños [...] sospechosos o autores de delitos que hayan sido objeto de victimización o intimidación, u obligados a actuar de forma ilegal, o que lo hayan hecho bajo coacción” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009: iv). Se han dictado las “Directrices de Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos” en 2005;<sup>26</sup> e, incluso, existe en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos, una “Ley modelo y su comentario” del año 2009 (ibid.). Lamentablemente, nuestro país aún no las ha receptado en su normativa interna ni en su organización judicial.

Además de enunciar los derechos de los niños víctimas de delitos que se desprenden de la Convención,<sup>27</sup> paso a analizar algunas particularidades de la ley modelo, a saber:

1. Prevé que los docentes, médicos, trabajadores sociales y otros profesionales deban informar a la autoridad competente si tienen motivos razonables para sospechar que un niño es víctima o testigo de un delito. Es decir, se genera un deber legal de protección de los niños respecto de

25. Axat hizo referencia en su presentación a la denuncia del Fiscal Platense Rubén Sarlo, quien “en el año 2011, [...] denunció ante la Fiscalía general de La Plata, de la posible existencia de grupos de vecinos civiles o parapoliciales preparados para realizar justicia por mano propia en zonas de la ciudad, respecto de personas consideradas delincuentes”. La presentación del Dr. Julián Axat puede leerse en <https://bit.ly/3fG4MNR> (enlace verificado el día 25/9/2019).

26. Disponible en [https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005\\_20.pdf](https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf) (enlace verificado el día 25/9/2019).

27. La ley modelo tiene en cuenta, en especial, los siguientes derechos de los niños víctimas de delitos: a) el derecho a un trato digno y comprensivo; b) el derecho a la protección contra la discriminación; c) el derecho a ser informado. d) el derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones; e) el derecho a una asistencia eficaz; f) el derecho a la intimidad; g) el derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia; h) el derecho a la seguridad; i) el derecho a medidas preventivas especiales; j) el derecho a la reparación.

los profesionales que entran en contacto con ellos. No sólo deben informar, sino que le deben prestar asistencia hasta que se le proporcione asistencia profesional apropiada al niño.

2. La persona que haya sido declarada culpable en sentencia firme de un delito tipificado contra un menor quedará inhabilitada para trabajar en establecimientos y asociaciones que presten servicios a menores. Estas, además, deben tomar las medidas adecuadas para garantizar que las personas que hayan sido acusadas de un delito tipificado contra un menor no tengan contacto con niños. Es decir, la protección se extiende tanto respecto de condenados como procesados. Se trata de deberes institucionales que ubica a quienes los incumplen en infracción de deber; la ley prevé, además, que los Estados deben castigar penalmente a los responsables de las instituciones que incumplen con esos deberes.

3. Se contempla la creación de un organismo nacional para la protección de los niños víctimas o testigos.

4. Prevé que los niños víctimas y testigos de delitos, sus padres o tutores o sus representantes legales, la persona de apoyo, si hubiera sido designada, u otra persona designada para prestarles asistencia, desde su primer contacto y a lo largo de todo el proceso, deben ser informados sin demora acerca de la fase en que se encuentre; en especial: a) sobre la importancia, el momento y la manera de prestar testimonio, y la forma en que se realizará el "interrogatorio" durante la investigación y el juicio; b) los mecanismos de apoyo a disposición del niño víctima o testigo cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, como, por ejemplo, poner a disposición de la víctima un abogado o cualquier otra persona designada para prestar asistencia; c) las fechas y los lugares específicos de las vistas y otros acontecimientos importantes; d) las medidas de protección disponibles; e) los mecanismos existentes para revisar las decisiones que afecten a los niños víctimas y testigos de delitos; f) los derechos correspondientes a los niños víctimas o testigos de conformidad con la legislación nacional vigente, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos jurídicos internacionales, tales como las Directrices y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985; g) las posibilidades que existan para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado mediante el proceso de justicia, procedimientos

civiles alternativos u otros procedimientos; h) la existencia y el funcionamiento de programas de justicia restaurativa; i) la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros servicios de interés, y el medio de acceder a ellos, así como el asesoramiento letrado o representación legal o de otro tipo, y el apoyo financiero de emergencia disponible, según proceda; j) la evolución y estado de la causa en cuestión, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la fiscalía y la situación de interés que se produzca después del juicio y la resolución de la causa.

5. Prevé en su articulado la asistencia de un abogado que deberá asignar el Estado de forma gratuita para el niño víctima o testigo a lo largo de todo el proceso de justicia.

6. Incluye diversas medidas de protección para la seguridad de un niño víctima o testigo, a saber: a) evitar el contacto directo entre los niños víctimas o testigos y los acusados en todo momento del proceso de justicia; b) solicitar órdenes de alejamiento al tribunal competente, respaldadas por un sistema de registro; c) pedir al tribunal competente que ordene la prisión preventiva del acusado e imponga condiciones de libertad bajo fianza que veden todo contacto; d) solicitar al tribunal competente que ordene el arresto domiciliario del acusado; e) solicitar que se conceda a los niños víctimas o testigos de delitos protección policial o de otros organismos pertinentes, y adoptar medidas para que no se revele su paradero; f) solicitar a las autoridades competentes la adopción de otras medidas de protección que se estimen convenientes.

7. Dispone la intervención de un fiscal especialmente capacitado en el trato con niños para dirigir su interrogatorio. El investigador evitará repetir el interrogatorio durante el proceso de justicia, con el fin de evitar la victimización secundaria del menor. Adopta un enfoque multidisciplinario durante la investigación. El Manual para profesionales de Unicef indica que la relevancia de la especialización consiste en que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley van acompañados de especialistas en menores y profesionales especializados en atención de salud mental cuando someten a interrogatorio a un menor. Ese modelo ofrece más posibilidades de proteger no solo al niño, sino también al acusado, pues permite que los interrogatorios se realicen de un modo más

concienzudo y preciso” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009: 48).

8. Una situación plenamente diferencial es la designación de la llamada Persona de apoyo. Desde el inicio de la fase de investigación y durante todo el proceso de justicia, todo niño víctima o testigo recibirá el apoyo de un profesional cualificado, especialista en técnicas de comunicación con menores y asistencia a niños de diferentes edades y contextos culturales y familiares, con el fin de evitar el riesgo de coacción, victimización repetida y victimización secundaria. Además de ello prevé una serie de deberes relevantes para recuperar al niño de las situaciones derivadas del delito, a saber: a) brindar apoyo general de carácter emocional al niño; b) prestar asistencia al menor, de un modo adaptado a él, durante todo el proceso de justicia, que puede incluir medidas destinadas a paliar los efectos negativos del delito penal en el menor, medidas para ayudar al niño a seguir con su vida cotidiana y medidas para ayudar al niño a resolver cuestiones administrativas derivadas de las circunstancias de la causa; c) asesorar al niño respecto de la necesidad de recibir tratamiento o apoyo psicológico, y d) actuar de enlace y canal de comunicación con los padres o tutores, familiares, amigos y abogado del niño, según proceda.

9. La ley modelo prevé el modo de recibir declaración a los niños a los fines de preservar su seguridad, proteger la intimidad y el bienestar físico y mental del menor, y evitar todo sufrimiento injustificado y victimización secundaria. Recomendación sobre la capacidad del testimonio, las limitaciones al interrogatorio y contrainterrogatorio, cómo deben ser las salas de audiencias, incluso respecto de la necesidad de cómo sentar a los niños en asientos elevados y asistencia para niños con discapacidades.

10. Tiene en cuenta, además, diversas situaciones que se dan con posterioridad al juicio, la información sobre su resultado, el derecho de resarcimiento e indemnización y la información sobre la puesta en libertad de reclusos.

## 6. Consideraciones conclusivas

Seguimos discutiendo, estérilmente, la edad de la imputabilidad de los NNyA, como si allí se agotara el Régimen Penal Juvenil. Mientras tanto, resulta notable la ausencia de medidas especiales de protección cuando ellos son víctimas de delitos.

La política criminal, las políticas públicas y la organización judicial han elegido ocupar sus escasos recursos dialécticos y económicos en los marcos represivos contra NNyA que han cometido delitos, y han pospuesto esos mismos recursos para aquellos que los han sufrido. Si comenzáramos por el principio, asistiendo, conteniendo y representando a las víctimas, seguramente tendríamos el día de mañana menos imputados.

Desde una perspectiva victimodogmática, cabe preguntarse cuánta es la legitimidad del castigo para aquellos NNyA imputados que fueron víctimas de delitos y que no tuvieron justicia para su caso. La ausencia de la subjetividad reparada de los NNyA que fueron víctimas de delitos y que luego violan la ley penal, constituye un elemento que disminuye su culpabilidad y deslegitima la intervención del derecho penal.

La respuesta del sistema penal juvenil para los NNyA debe ser integral, y ello significa: 1) imponer un mínimo de garantías sin distinguir entre NNyA víctimas o imputados; 2) no limitar la intervención a lo punitivo.

Es relevante reconocer la subjetividad dañada de los NNyA cuando fueron víctimas de delitos, y adoptar medidas reparadoras y restaurativas, de ese modo no sólo se fortalecerá la personalidad del niño, sino que se disipará la posibilidad de que se vea involucrado en acciones disvaliosas. Resulta prioritario la experticia de fiscales, defensores y jueces de especial versación en tema de niñez que acompañen a los NNyA víctimas de delitos durante el curso del proceso, y adoptar medidas de protección conforme las sugerencias del modelo universal de Naciones Unidas.

El planteo es sencillo. Quizás las carencias se deban a que, como le decía el zorro al Principito, *lo esencial es invisible a los ojos*. Los niños, niñas y adolescentes, que son lo esencial de toda comunidad, son invisibilizados cuando son víctimas y los visibilizamos cuando son imputados. Cambiar

el paradigma en el régimen penal juvenil es poner bajo un paraguas la sorda discusión sobre la edad de imputabilidad de los niños, niñas y adolescentes y ocuparnos de su efectiva protección integral cuando son víctimas de delitos.

## 7. Bibliografía

Asensi Pérez, L., 2007: *Violencia de género: consecuencias en los hijos*, disponible en <https://bit.ly/3fDFEYc> (última consulta realizada el 20/9/2019)

Beloff, M., 2019: «El eterno retorno: bajar la edad mínima de responsabilidad penal», *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1 (4), Abril: 55-67.

Defensor de Niños de La Plata, 2013: *Informe sobre homicidios de Niños en La Plata entre 2012-2013*, disponible en <https://bit.ly/31GqNXY> (última consulta realizada el 25/9/2019)

Espinosa Bayal, A., 2004: *Las hijas e hijos de mujeres maltratadas. Consecuencias para su desarrollo e integración escolar*, disponible en <https://bit.ly/2F8Hy6E> (última consulta realizada el 25/9/2019)

Imbriano, A., 2012: *Por qué matan los niños*, Buenos Aires: Letra Viva.

Janin, B., 2012: *El sufrimiento psíquico en los niños*, Buenos Aires: Noveduc.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009: *La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos. Ley modelo y comentario*, Nueva York: Naciones Unidas.

Platt, A., 1982: *Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI.

Patró Hernández, R & Limiñana Gras, R. 2005: «Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas», *anales de psicología*, 21 (1), Junio: 11-17.