



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

El derecho del niño víctima a ser escuchado

por SILVIA MARRAMA

La resiliencia del niño se construye en la relación con el otro.

CYRULNIK

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. — 2. DERECHO A SER ESCUCHADO Y REVICTIMIZACIÓN EN EL ABUSO SEXUAL INFANTIL. — 3. CONCLUSIÓN.

1 Introducción

El derecho de los niños y adolescentes es una rama jurídica que se basa en tres pilares fundamentales: a) el interés superior del niño, y su desarrollo personal y social⁽¹⁾; b) el menor de edad como sujeto de derecho y c) el ejercicio de los derechos fundamentales⁽²⁾ —según su estadio evolutivo⁽³⁾— y su vínculo con la autoridad parental⁽⁴⁾.

Uno de los derechos fundamentales de los niños —consagrado por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁵⁾— es su derecho a ser oído, derecho que ha sido reconocido tanto por el sistema internacional como el re-

gional de protección de derechos humanos⁽⁶⁾. La Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño, propone que sería más adecuado que se lo denomine “derecho a ser escuchado”⁽⁷⁾.

El niño debe ser escuchado atendiendo a su edad y madurez, “en consonancia con la evolución de sus facultades”⁽⁸⁾, y a que esté en condiciones de formarse un juicio propio⁽⁹⁾, según el criterio de la autoridad receptora de su opinión⁽¹⁰⁾. Destaca la doctrina que “en la práctica judicial se acepta generalmente la edad de los seis años como mínima para una apreciación de la expresión de la voluntad del niño sin perjuicio de que, según los requerimientos situacionales y tomando los recaudos necesarios, pueda procurarse que por debajo de dicha edad se produzca la misma”⁽¹¹⁾.

Un aspecto fundamental de este derecho a ser escuchado es que el niño pueda participar en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte (cfr. art. 12, CIDN), entre ellos, en los procesos penales en que resulte víctima⁽¹²⁾. El art. 27 de la ley 26.061⁽¹³⁾ precisa las garantías mínimas

(6) Cfr. art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(7) Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General n° 12. *El derecho del niño a ser oído*, 2009, párr. 9°.

(8) Cfr. art. 5° de la CIDN.

(9) “Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (...) la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General n° 12. *El derecho del niño a ser oído*, 2009, párrs. 20-21.

(10) Cfr. D’ANTONIO, DANIEL H., *Derechos fundamentales del niño*, Rosario, Zeus, 1999, pág. 215 y sigs.

(11) *Ibidem*, pág. 217.

(12) Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General n° 12. *El derecho del niño a ser oído*, 2009, párr. 32.

(13) “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; (...) d) a participar *activamente* en todo el procedimiento” (resaltado propio).

en los procesos judiciales y administrativos de niños, niñas y adolescentes.

Con relación a la participación del niño víctima de delitos en el proceso penal, una interpretación dinámica del art. 12 de la CIDN ha llevado a consolidar una postura jurisprudencial que le reconoce la posibilidad de constituirse por su propio derecho como parte querellante⁽¹⁴⁾. Su particular situación de vulnerabilidad exige ciertas medidas especiales, contempladas en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad⁽¹⁵⁾.

2 Derecho a ser escuchado y revictimización en el abuso sexual infantil

Algunos niños y adolescentes atraviesan situaciones de abandono, de peligro material y/o moral⁽¹⁶⁾, o de conflicto, el cual se configura cuando padecen hechos antijurídicos que conculcan sus derechos fundamentales⁽¹⁷⁾. En esos supuestos, los niños resultan “víctimas”, porque los efectos de las situaciones por las que atraviesan atentan contra el desarrollo integral de su personalidad⁽¹⁸⁾.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder⁽¹⁹⁾ define a la “víctima” como aquella persona que, individual o colectivamente, ha sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente⁽²⁰⁾.

La situación de víctima obliga a la legislación a prever normas de protección específica que brinden soluciones para salvaguardar a la persona afectada. Para resguardar a los niños víctimas de abuso sexual, la Provincia de Entre Ríos cuenta con un Protocolo Interinstitucional de Actuación en casos de abuso sexual infantil⁽²¹⁾, que establece

(14) Cfr. BELOFF, MARY, en AA.VV., *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 109 y sigs.

(15) Aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

(16) El abandono se concreta como un mal efectivo, como la privación de un bien jurídico que incide en el normal desarrollo de su personalidad. El peligro material y/o moral, en cambio, implica un mal potencial, una amenaza de perjuicio. Cfr. GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *El sujeto...*, cit., pág. 101.

(17) Cfr. GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *Derecho de la minoridad: protección jurídica de la niñez*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Córdoba, Mediterránea, 2008, pág. 232.

(18) Cfr. GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *El menor víctima*, en Revista Victimología, n° 5, Córdoba, Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, s/f, pág. 99.

(19) Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29-11-85.

(20) Cfr. art. 1°.

(21) Refrendado el 5-7-10, fue creado en el marco de la Mesa de Fortalecimiento Familiar, que funciona en Entre Ríos desde 2008, con la participación del Poder Judicial de Entre Ríos, el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Gobierno, el Conse-

CONTENIDO

DOCTRINA

El derecho del niño víctima a ser escuchado, por Silvia Marrama..... 1

JURISPRUDENCIA

CASACIÓN PENAL

Delitos contra la Libertad: Trata de personas: configuración; agravantes; calidad de conviviente; víctima menor de trece años; medios comisivos; abuso de una situación de vulnerabilidad y engaño (CNCasación Penal, sala III, noviembre 1-2013)..... 2

CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Trabajo: Policía del trabajo: ley 265; competencia de la autoridad administrativa del trabajo de la Ciudad de Buenos Aires; infracciones y sanciones; infracciones leves; graduación; multiplicación del monto establecido en la norma por el número de trabajadores; improcedencia (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, septiembre 13-2013) .. 6

que “el criterio que deberá presidir las actuaciones incluidas en el protocolo es el interés superior del niño/a” y que “el protocolo deberá asegurar el cumplimiento de las garantías procesales de la víctima y el acusado y la preservación de la prueba” (cfr. primer acápite, titulado “Principios”), en consonancia con lo dispuesto por el marco legal del Protocolo, que está dado en forma primordial por la CIDN.

El protocolo establece como objetivo (cfr. segundo acápite) “evitar el proceso de revictimización de los niños/as adolescentes víctimas de abuso sexual infantil”. Nutrida bibliografía describe el proceso de revictimización de los sujetos pasivos de ataques sexuales, máxime siendo ellos niños o adolescentes⁽²²⁾, e intenta reducir el trauma experimentado por el niño/a víctima al obtener su testimonio⁽²³⁾. Por ello, la jurisprudencia ha legitimado en reiteradas oportunidades la incorporación por lectura de las declaraciones de las víctimas menores en casos de abuso sexual⁽²⁴⁾.

Existen algunos casos judiciales en los cuales el menor víctima del abuso sexual manifiesta su voluntad de declarar en más de una oportunidad durante el proceso penal. Es frecuente que el Ministerio Público se oponga a esta petición, fundándose en la revictimización a la que quedaría sujeto el menor.

Sin embargo, consideramos que el criterio de evitar la revictimización debe analizarse en el caso concreto, y a la luz del criterio establecido en el mismo protocolo (cfr. primer acápite, titulado “Principios”) y en los pilares del derecho de menores, que enunciamos al inicio de estas líneas: a) el interés superior del niño, y su desarrollo personal y social; b) el menor de edad como sujeto de derecho y c) el ejercicio de los derechos fundamentales –según su estado evolutivo– y su vínculo con la autoridad parental.

En efecto, “son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades (...) Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para transformar las promesas en vivencias concretas”⁽²⁵⁾.

El niño tiene un derecho fundamental, el de poder expresar lo que le sucede y ser escuchado –en el marco y del modo que sea adecuado para el niño– por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida. Necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar aquellas decisiones. Por tanto, cualquier acción u omisión que importe su desconocimiento por parte del sistema judicial –salvo que sea excepcional y debidamente fundada en su superior interés– implicaría la vulneración de tal derecho y la garantía del debido proceso, puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas, y les corresponden las mismas garantías que a los adultos (cfr. arts. 16 y 18, CN).

La declaración del niño víctima de abuso sexual en sede judicial no reviste sólo una finalidad probatoria, sino que constituye, al mismo tiempo, el ejercicio de su derecho fundamental a ser escuchado. Ese derecho reviste especial relevancia por tratarse de un caso de abuso sexual, donde el menor quiere “poner en palabras” lo que le ha sucedido. Ese “poner en palabras” su vivencia traumática es un gran paso adelante en la recuperación de subjetividad de las víctimas de abuso, según sostiene la psicología infantil especializada en el tema.

jo Provincial del Niño, Adolescente y la Familia, el Consejo General de Educación, la policía local y organismos de la sociedad civil.

(22) “La victimización primaria deriva directamente del acontecimiento traumático, mientras que la victimización secundaria se refiere a la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema de apoyo formal (servicios sociales, policía, sistema judicial), pudiendo contribuir a agravar el daño psicológico o cronificarse sus secuelas”. PEREDA, NOEMÍ, *Resiliencia en niños víctimas de abuso sexual: el papel del entorno familiar y social*, en Revista Educación Social, n° 49, pág. 109.

(23) BERLINERBLAU, VIRGINIA, *Lineamientos forenses para la evaluación de niños, niñas y adolescentes en denuncias por presunto abuso sexual. Especificidad forense. Protocolos. Cuestiones éticas*. EDFA, 20/-8.

(24) Cfr. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala I, 29-5-08, “C., N. O. s/recurso de casación”, ED Digital (44964) [Publicado en 2008].

(25) *El interés superior del niño*, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Cecilia Grosman (dir.), Buenos Aires, Universidad, 1998, pág. 75.

Cabe preguntarse por las razones que llevan al sistema judicial a rechazar *a priori* el pedido de la víctima de abuso sexual de declarar en más de una oportunidad durante el proceso. “Hay que tener en cuenta que la estigmatización y las connotaciones negativas asociadas a determinados sucesos traumáticos así como, en algunos casos, su generalización a las víctimas de estos sucesos, puede explicar la reducción del apoyo social disponible para las víctimas ante la experiencia de abuso sexual. Esta estigmatización puede generar una conducta de evitación social, debido a los sentimientos negativos (ansiedad, impotencia) que puede provocar estar cerca y apoyarlas. Así pues, la disponibilidad de apoyo social que perciben las víctimas de abuso sexual, muy probablemente, se encuentra influida por las actitudes que existen en la sociedad ante esta experiencia (WOLFE, JAFFE y JETTE, 2003). Si consideramos el abuso sexual un tema tabú, del que no se puede hablar, y no podemos asumir su elevada frecuencia, que afecta a entre un 10 y un 20% de nuestra población (PEREDA, GUILERA, HORNOS y GÓMEZ-BENITO, 2009), ni los graves efectos que puede conllevar para un niño en desarrollo, transmitiremos esta visión a sus víctimas, reduciendo la probabilidad de que puedan hablar, explicar lo que han vivido”⁽²⁶⁾. “Esa falta de apoyo, y la existencia de reacciones negativas ante la revelación o el descubrimiento del abuso por parte del entorno, se relaciona en la víctima con el desarrollo de sintomatología psicopatológica (BAL, DE BOURDEAUDHUIJ, CROMBEZ y VAN OOST, 2005), principalmente de tipo internalizante, como son los sentimientos de culpa, la sintomatología postraumática y el riesgo de suicidio, así como dificulta la efectividad de los tratamientos psicológicos aplicados (COHEN y MANNARINO, 2000). En caso contrario, se ha observado que la percepción de apoyo social tiene un efecto positivo directo en el bienestar emocional de las víctimas de abuso sexual (ALAGGIA, 2002), correlacionando con el bienestar psicológico de las mismas, incrementando el sentimiento de control sobre la propia vida, reduciendo el sentimiento de pérdida que suele acompañarlas y la percepción negativa y autoculpabilizadora del evento (véase el estudio clásico de WYATT y MICKEY, 1987)”⁽²⁷⁾.

El derecho a “romper el silencio”, a ser escuchado por el sistema judicial cuantas veces la víctima lo requiera (y no sólo al momento de la denuncia), se encuentra consagrado por el art. 27 de la ley 26.061, que expresamente establece el derecho “a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”, y forma parte del afrontamiento del abuso sexual y sus secuelas, y de la recuperación y resiliencia (capacidad para sobreponerse) del menor, ya que, “tal y como establece CYRULNIK (2001), ‘la resiliencia del niño se construye en la relación con el otro’”⁽²⁸⁾. El silencio representa un riesgo para una psicología sana que clama por “darle nombre a las cosas” y sacarlas a la luz. La verdad siempre sana y libera.

Por otra parte, el art. 17 de la ley 9861 de la Provincia de Entre Ríos establece que “los niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos. Se garantizará al niño y al adolescente su intervención en todo proceso judicial o administrativo que afecte sus intereses. Su opinión en los citados procesos deberá ser tenida en cuenta y valorada bajo pena de nulidad, en función de su edad y madurez para la resolución que se adopte, tanto administrativa como judicialmente”.

Para desmitificar el tema del abuso sexual infantil, cabe poner de resalto que “pese a lo que podamos suponer *a priori*, estudios retrospectivos en los que ha preguntado a mujeres adultas víctimas de abuso sexual en la infancia sobre la revelación del abuso indican que el 76% de aquellas que revelaron la situación se sienten satisfechas con la decisión que tomaron (PALMER, BROWN, RAE-GRANT y LOUGHLIN, 1999) (...) Resultados similares obtienen WHITCOMB y colaboradores (1994) demostrando que testificar, en sí mismo, no supone un suceso traumático para el menor”⁽²⁹⁾.

Cabe aclarar que el oír al menor no es sinónimo de aceptar sus deseos⁽³⁰⁾ y que sus dichos y afirmaciones de-

(26) PEREDA, NOEMÍ, *Resiliencia en niños...*, cit., pág. 108.

(27) *Ibidem*, págs. 109-110.

(28) *Ibidem*, pág. 110.

(29) *Ibidem*, págs. 108, 113-114.

(30) GROSMAN, CECILIA, *La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia*, ED, 107-1011.

berán ser cotejados dentro del marco fáctico en que se producen, atendiendo en particular al grado de influencia de terceros que pueda darse en atención a la propia condición de menor⁽³¹⁾. Sin embargo, incluso en los supuestos de abusos sexuales intrafamiliares, ante la posibilidad de presiones que podría estar sufriendo la víctima por parte de su entorno familiar para retractarse de sus dichos en autos, considero debe primar el derecho primordial del menor a ser oído. Los profesionales de los Equipos de Cámara Gesell del Poder Judicial son lo suficientemente idóneos y se encuentran debidamente especializados como para poder detectar una posible presión familiar sobre la víctima, lo cual, de estarse configurando en el caso, permitirá al organismo administrativo de protección de derechos un abordaje y toma de las medidas de protección que correspondan⁽³²⁾, amén de aportar a la causa un elemento más que podrá ser evaluado –en caso de ser condenado el imputado– para fijarse el monto de la pena que le corresponda (cfr. art. 41, CP).

Por último, si al imputado se le permite declarar cuantas veces lo desee (cfr. art. 303, CPPN), también la presunta víctima debería gozar del mismo derecho, conforme lo sostiene la corriente doctrinaria que postula una mejora de la posición procesal de la víctima, un mayor protagonismo de la víctima no sólo en el derecho penal material sino también en el derecho penal procesal⁽³³⁾.

3 Conclusión

“Luego de tantos años, la importancia de la CDN en el contexto latinoamericano –más allá de las críticas que como a cualquier ley pueden hacerse– radica probablemente en que mediante su influencia se introdujo en esta región la traducción de la protección a los niños al lenguaje de protección de derechos, que en otras latitudes había ocurrido veinte años antes (...) El desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos”⁽³⁴⁾.

Cuando un menor víctima de abuso sexual pide a un juez ejercer su derecho constitucional fundamental a ser oído, escucharlo significa traducir sus derechos en hechos. Lo contrario, es decir, su silenciamiento, amén de la vulneración de su derecho a ser oído cuantas veces lo solicite (cfr. art. 27, ley 26.061; art. 17, ley 9861), podría la víctima interpretarlo como evitación o falta de apoyo por parte del sistema judicial y repercutir negativamente en su proceso de recuperación del trauma vivido. Porque “la resiliencia del niño se construye en la relación con el otro” (CYRULNIK).

VOCES: PERSONA - CAPACIDAD - MENORES - FAMILIA - ESTADO CIVIL - PATRIA POTESTAD - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - DERECHO COMPARADO - TRATADOS Y CONVENIOS - ESTADO - JURISPRUDENCIA - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ORGANISMOS INTERNACIONALES

(31) Cfr. D’ANTONIO, DANIEL H., *Derechos fundamentales...*, pág. 220.

(32) Cfr. arts. 33-41, ley 26.061.

(33) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. ampliada y actualizada, s/l, Julio César Faira Editor, 2010, págs. 50-52.

(34) BELOFF, MARY, *Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina*, en revista Justicia y Derechos del Niño, n° 10, en: <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/quince-anos-vigenciadeconvencionderechosni-noenargentina-mary-belloff.pdf>.

JURISPRUDENCIA

Delitos contra la Libertad:

Trata de personas: configuración; agravantes; calidad de conviviente; víctima menor de trece años; medios comisivos; abuso de una situación de vulnerabilidad y engaño.

1 – En el delito de trata de personas por captación debe entenderse a la posibilidad de atrapar, traer, conseguir la voluntad de otro, es decir influenciar en su libertad de determinación. La captación es el primer momento de la trata de personas, la cual se realiza en el lugar de origen de la víctima, y es la primera acción desplegada por una persona con res-