



Niño víctima o testigo de delitos. Necesidad de una reforma en la Provincia del Neuquén

POR GUSTAVO J. RAVIZZOLI

SUMARIO: I. Perspectiva preliminar. II. Derecho a ser oído. III. Saber escuchar como deber. IV. Avances legislativos. V. La recepción interna. VI. Algunas conclusiones.

"... se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado..."
Art. 12, Convención de los Derechos del Niño.

I. Perspectiva preliminar

Hablar de "Niño Víctima o Testigo de delitos" nos sitúa en primer lugar frente a un suceso de características y tratamiento especiales. Nos encontramos con la conducta delictiva desplegada por una persona cuyas consecuencias recaen en un menor de dieciocho años de edad, sea como sujeto que sufre directamente los efectos de un hecho ilícito (víctima) o bien, que ha percibido a través de sus sentidos el evento crimoso (testigo). El concepto también nos posiciona en un ámbito, el proceso penal, en el que se desarrolla la pesquisa o investigación llevada a cabo por los organismos estatales competentes para reconstruir la verdad histórica y real, o al menos aproximarse lo más cabalmente a ella, en procura de la aplicación de la ley que se concretará en la sentencia.

Dicho ello, la particular mirada de esta propuesta se efectúa desde la manda con jerarquía

constitucional establecida en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que vale recordar:

"...Artículo 12, 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional!"

También debe tenerse presente que por Niño la Convención entiende todo "ser humano menor de dieciocho años de edad" (1) (Art. 1).

NOTAS

(1) En símil tenor la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 1º de

junio de 1999, en su octogésima séptima reunión, elaboró el Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. Dicho texto en su art. 2 precisa que el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años.

II. Derecho a ser oído

La norma internacional es diáfana al puntualizar que al Niño debe dársele la oportunidad de ser escuchado, pero al tiempo condiciona dicha circunstancia al expresar que deberá así procederse cuando aquel pueda formarse un juicio propio. En realidad, estamos frente a un "derecho" que deberá ser ejercido por los niños cuando estos puedan comparecer ante la autoridad judicial (la norma consigna también la administrativa).

¿Por qué? Porque los niños se hallan involucrados de manera personal ante hechos de consecuencias jurídicas que menoscaban, transgreden, atacan o en definitiva violentan sus derechos. Porque debe escucharse su voz, su opinión, su sentir.

¿Cómo? A través de mecanismos, procedimientos e instancias que de forma adecuada garanticen la recepción de su testimonio y protejan su persona; ajustándose a las previsiones de la Convención Internacional.

¿Para qué? Para ponderarse su relato conjuntamente con la totalidad de la prueba aunada en el legajo. Para, a partir de sus dichos, delinear también de modo más eficiente una protección integral.

III. Saber escuchar como deber

En términos latos, el derecho a ser oído de todo niño o niña plantea el panorama considerando a éste como emisor. De modo que esa fase inicial ubica a todos los operadores judiciales en el otro polo, el de receptor. Precisamos fase inicial pues bien se sabe que en una comunicación eficaz los interlocutores cumplen de forma constante ambos roles, conocido como feedback. Aquí es entonces donde se concentra el escuchar como deber correlativo al "ser oído", que necesariamente debe optimizar al máximo dicha escucha. Es

decir, saber hacerlo, circunstancia que entraña especialidad en la temática.

Puntualiza Rozanski al respecto que "*la formalidad de 'escuchar' a una niña abusada en la sala de audiencias, en la mayoría de los casos o bien implica silenciarla, o bien crear el ámbito propicio para la retractación que inexorablemente vendrá como uno de los caminos imaginados por la víctima para finalizar su calvario*" (2). Esta situación, que al menos ha sido un tanto superada en la etapa instructoria o de investigación a la luz de alguna de las modificaciones legislativas que tuviera el Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén —como seguidamente se verá—, demanda perfeccionar la lectura. Prestar suma atención a la totalidad de la comunicación del niño víctima o testigo entrevistado (verbal y no verbal) (3).

IV. Avances legislativos

En acotado breviarío, las conquistas legislativas cristalizadas en la Provincia del Neuquén desde la incorporación de la Convención a nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 C.N.) que acuñan el concepto de "niño víctima" —en el alcance visto— se refieren a la sanción de la Ley 2302 y a las modificaciones hechas al Código Procesal Penal que aluden a la entrevista realizada al menor en un gabinete acondicionado (Cámara Gesell) y a la constitución como parte querellante del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso y en representación de sus intereses.

La Ley de Protección Integral del Niño y el Adolescente (2302) tuvo sanción a fines del año 1999 (4), siendo la Provincia de Neuquén pionera en legislar en cuanto a la temática tras la recepción de la Convención de los Derechos del Niño (5). Su estructura abordó las garantías de los menores, sus derechos fundamentales, las políticas públicas de protección integral, los órganos jurisdiccionales competentes y el procedimiento civil y penal. Asimismo, la figura y

NOTAS

(2) Rozanski, Carlos Alberto. *Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?* Ed. B Argentina S.A., 2003, Buenos Aires, p. 207.

(3) Revista del Hospital de Niños de Buenos Aires. Volumen 49. Nº 221. Marzo de 2007. "El Comité de Maltrato y Niños en Riesgo del Hospital de Niños 'Ricardo Gutiérrez': Una ideología de trabajo". Jorge Brieve, Lía Bisio, Lic. Cristina Coglianesi, Patricia García, Lic. Ana González, Jorge Parral, María Inés

Pereyra, Gustavo Piantino, Lic. Graciela Ravizzoli, Lic. Marily Contreras. p. 42.

(4) Ley 2302, modificada por leyes 2326, 2346 y 2473 Sancionada: el 7-12-99. Promulgada: el 30-12-99. Publicada: el 4-2-00.

(5) Como dato comparativo en lo pertinente, la Ley Nacional 26.061 fue sancionada: el 28-9-05. Promulgada: el 21-10-05 y publicada: el 26-10-05.

funciones del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, entre otras aristas.

Luego, la primera de las reformas al código adjetivo neuquino reconoce antecedente en la incorporación del art. 280 bis del CPPN, que fuera de orientación legislativa para otras provincias. Tal el caso de Santa Fe (Ley 6740, Año 2005), Río Negro (Ley 3995, Año 2005) y Chubut (Ley 5478 y mod., Año 2006).

Neuquén, en tal sentido, ordenó en una primera etapa (Ley 2523, Año 2005) un procedimiento mediante el cual las víctimas menores de 16 años, a la fecha de requerida su comparecencia ante los tribunales, cuando resulten víctimas o testigos de los delitos contra la integridad sexual, sólo eran entrevistadas por única vez en Cámara Gesell o similar, por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, prohibiendo la intervención del terapeuta que había injerido en el tratamiento del niño o adolescente a conferenciarse. A su vez, para casos en que debía llevarse a cargo el reconocimiento de lugares y/o de cosas, el menor era acompañado por el profesional designado por el tribunal, no pudiendo estar presentes el o los denunciados como autores del abuso.

Más recientemente, con el dictado de la Ley 2617 (Año 2008), se reformó el art. 225 bis introducido contemplándose en primer lugar, que tanto en la etapa instructoria o de juicio, se fije una nueva entrevista de Cámara Gesell siendo ésta de carácter "excepcional y en casos debidamente fundados". En segundo término, se dispone expresamente la prohibición de la presencia en tal acto del sospechado en calidad de autor, cómplice o instigador del hecho, destacándose que con antelación a la celebración de la audiencia se notifique a éste de las preguntas e inquietudes propuestas por las partes, previéndose idéntica disposición para los actos de reconocimiento de lugares y/o cosas. El tercer aspecto radica en la posibilidad de designación por las partes de un psicólogo experto en la materia con lógicas facultades de participación desde la sala contigua quien, previa anuencia del magistrado o

tribunal actuante, puede requerir un campo de "interconsulta" con el profesional responsable de la entrevista (6).

En cuanto al menor víctima como parte querellante, fue sancionada la Ley 2.605 (Año 2008) por la Legislatura de la Provincia del Neuquén (7). El texto incorpora como artículo 96 ter al Código Procesal Penal la participación de los menores víctimas en delitos de índole sexual en los procesos penales como parte querellante; siendo asistidos por el Defensor Oficial de los Derechos del Niño y del Adolescente. El dispositivo establece que "en todo proceso" en el cual se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual legislados por la ley sustantiva, en los que la víctima se trate de un "niño, niña o adolescente", en los términos de la ley 2302, desde el "primer momento" de la pesquisa y "durante todo el proceso" se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, quien actuará en representación de los intereses de aquellos, equiparándose sus facultades a las que el Código Procesal otorga al querellante particular. Todo, bajo pena de nulidad.

De tal modo, se logra garantizar la tutela judicial efectiva de los menores víctimas de delitos de índole sexual, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) y las directrices introducidas en la Ley 26.061, receptándose al tiempo los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Santillán" y "Sabio".

También la novel regla resulta concordante con la Constitución Provincial que respalda los Derechos de la Niñez y Adolescencia, cuando instituye que "...El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que le limiten de hecho su efectiva y plena realización..." (art. 47, que tuviera su antecedente directo en la redacción del art. 4 de la Ley 2302) y reconoce expresamente la garantía de la "tutela judicial efectiva (...) en todo proceso administrativo o judicial" (art. 58).

NOTAS

(6) En este punto, el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, también alude a la edad de 16 años pero lo hace con relación a menores víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente (art. 193). La Provincia de Río Negro, en su código de rito, refiere como límite a los 18 años, circunscribiéndolo para las víctimas o testigos de los delitos tipificados en

el Código Penal, Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III y VI y Título III (art. 234 bis).

(7) Dada en la Sala de Sesiones, a los veintisiete días de agosto de dos mil ocho. Entrada en vigencia a los 180 días de su publicación.

Igual espíritu se respeta en la Ley 2302, de Protección Integral del Niño y el Adolescente, la que en el Título II, "Derechos Fundamentales", les garantiza el derecho a ser oídos, disponiendo que "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", asegurando además, su intervención en los procesos —judiciales o administrativos— en los que se comprometan sus intereses. Añade tal precepto: "La opinión de éstos en los citados procesos será tenida en cuenta y deberá ser valorada, bajo pena de nulidad, en función de su edad y madurez para la resolución que se adopte".

V. La recepción interna

Reconocido el rango o jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño y erigiéndose la misma al decir de García Méndez (8) como "una percepción radicalmente nueva de la condición de la infancia" se advierte que las leyes adjetivas locales, tal el caso de la neuquina, no pueden de ningún modo contravenir lo dispuesto por aquella. Dicho en otros términos, si la Convención alude al Niño como toda persona menor de dieciocho años de edad entendemos que las leyes locales no pueden diferenciar donde el texto constitucional no lo hace. Es decir, toda normativa que se articule en pos de operativizar los preceptos de la Convención debe respetar dicho tope o límite etario.

Baratta, al respecto, sentenció claramente: "la Convención ha puesto entonces fuera de la legalidad internacional, pero también de la interna, a buena parte de la legislación, pero sobre todo a la praxis administrativa y judicial de los estados ratificantes" (9).

En este marco, se destacan dos aspectos: la supremacía del Tratado cuya jerarquía ha sido equiparada a la propia Constitución, y el princi-

NOTAS

(8) García Méndez, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral. Ed. Forum Pacis, 1996, Colombia, p.29.

(9) Baratta, Alessandro. El derecho y los chicos. Ed. Espacio, 1995, Buenos Aires, p. 41.

(10) Ver Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tercera Edición —ampliada y actualizada—. Ed. La Ley, 2006, Buenos Aires, p. 705/719.

pio de adecuación o correlación que del mismo se deriva como fuente generadora de derecho, esto es, naciente de abastecimiento para la interpretación, aplicación y modificación, en su caso, del orden jurídico nacional. Lo denominado como "el debido uso" de los Tratados Internacionales.

Aquí, un tema medular. La letra del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, luego de los intensos debates generados en la Convención (1994) selló que estos "tienen jerarquía superior a las leyes" pero no que estén sobre aquella. De allí su grado de "fuente" porque la misma norma se encarga de precisar que los tratados no derogan ningún artículo de la parte primera de ella y, por el contrario, "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (10).

Efectuados tales razonamientos, resulta necesario en primer lugar ajustar la normativa provincial a la edad que establece la Convención en su art. 1º (18 años) extendiéndola, en segundo término, a aquellos hechos delictivos donde los menores resulten víctimas de toda clase de delitos.

A modo de ejemplo, sabido es hoy que los niños, niñas y adolescentes resultan víctimas de delitos como lesiones, abandono, vejámenes, privación de libertad individual, supresión o suposición de la identidad, trata, homicidios.

En consecuencia, sería apropiado que el procedimiento de Cámara Gesell o similar (testimonios especiales) se lleve a cabo con relación a menores que al momento de ser requeridos ante el Juzgado de Instrucción no cuenten con la edad de 18 años; sean ellos víctimas o testigos. Asimismo, que la constitución de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, en calidad de querellante particular y en representación de los menores, sea para toda clase de delitos en los que los mismos resulten víctimas y no limitada a los hechos ilícitos de índole sexual.

La propuesta halla fundamento no sólo en el mentado "interés superior" del niño y adolescente consagrado en la Convención, sino en la manda constitucional del art. 75 inc. 22º visto, en la Carta Magna local (art. 47) y el concepto establecido en el art. 4 de la Ley Neuquina 2302 que entiende precisamente por interés superior a "la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos".

La ley expresamente coloca en cabeza del Estado la "labor de resguardo" en el ámbito de la

familia y de la sociedad, erigiéndose su objetivo esencial en la prevención y detección precoz de situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías palmariamente estipulados, removiendo a tal fin los obstáculos de cualquier índole que se presenten y que confinen su efectiva y plena realización (11).

Por otra parte, en respaldo a lo dicho, el art. 5 del Decreto 317, de 1991, reglamentario de la Ley 2302 refiere que el mismo *"se erige como un principio rector vinculante en todo procedimiento donde pueda arribarse a una decisión que afecte el interés de un niño o adolescente. Este principio, implica la obligación de garantizar, en el caso concreto, el efectivo goce de los derechos de los niños y adolescentes y por lo tanto no puede generar restricción ni debilidad en sus derechos. La prioridad absoluta que el principio adquiere obliga a que, en cada situación particular se establezca el interés superior del niño o adolescente y que éste, sea determinante en las decisiones que se adopten"*.

Finalmente, con igual espíritu correspondería modificar el texto de los artículos 98 y 99 de la Ley 2302 conciliando el límite de la edad con el de la Convención, pues en la actualidad tales dispositivos establecen, respectivamente, que durante el segmento de la investigación los funcionarios de la Policía *"... podrán recibir declaración testimonial a un niño o adolescente de menos de dieciséis (16) años si resultara estrictamente necesario, mediaren razones de urgencia y no hubiere riesgo alguno para su integridad psíquica. Los fiscales y jueces ordenarán el testimonio de niños y adolescentes de la edad indicada sólo si resulta necesario y adoptando los recaudos que eviten o reduzcan los riesgos para aquellos..."* y que *"No se citará a prestar declaración testimonial a ningún niño menor de doce (12) años, sin dictamen previo del defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, a menos que las circunstancias del caso permitan presumir que no existe riesgo de daño psíquico o grave compromiso emotivo"*.

En síntesis, el planteo persigue la corrección de la edad de las normas locales en acuerdo a la contemplada por el texto internacional incorporado con jerarquía suprema en el país. Luego, que en el decurso de los procesos en que se investiguen cualquier clase de delitos en los

NOTAS

(11) La ley provincial coloca en cabeza del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente la función de velar por la protección integral, estableciendo, además de las facultades dadas por el art. 59 del Código Civil y la Ley Orgánica, la de llevar a

que resulte involucrado un "Niño" como víctima o testigo, según el caso, su voz sea efectivamente escuchada con las protecciones presagiadas por la Convención, con la asistencia de quien cuenta con conocimiento, formación y experiencia cotidiana derivada de su función y el respaldo de un equipo interdisciplinario, con la pertinente intervención del Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente.

VI. Algunas conclusiones

En materia de Niñez todo análisis del estado o situación normativa en pos del cumplimiento del Interés Superior del Niño exhortado por la Convención de los Derechos del Niño impone un nuevo punto de partida, de desafío legislativo, de un denodado trabajo interdisciplinario.

A veinte años cumplidos de la firma de aquel documento corresponde afirmar que toda normativa que contraríe su articulado y principios rectores será inconstitucional.

Las reformas procesales concretadas en la Provincia de Neuquén, fruto del consenso y el abordaje multidisciplinario, son el camino a seguir en todas las instancias comprometidas con la asistencia, prevención y sanción de delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

Dichos avances exigen un compromiso y responsabilidad permanente de la totalidad de los operadores judiciales, circunstancia que conlleva saber escuchar al Niño Víctima y a los especialistas en la temática.

Ajustar las leyes procesales locales a los términos previstos en la Convención de los Derechos del Niño es afianzar su realización, consolidar los derechos fundamentales y humanos de la minoridad —cuando esta resulta víctima o testigo de delitos—, corporizando de tal modo la "tutela judicial efectiva". No hacerlo importaría desarrollar un estrabismo del Estado de Derecho Constitucional, dado en la razón que si bien El Estado recepta la Convención y le otorga jerarquía superior a las leyes, desconoce al mismo tiempo ciertas previsiones.

Este rumbo contribuirá seguramente a reducir la deuda que tenemos con la Niñez. ♦

cabo inspecciones de distintas entidades (públicas y particulares), pudiendo adoptar medidas administrativas o judiciales encaminadas a la remoción de las irregularidades que se observen y restrinjan sus derechos.