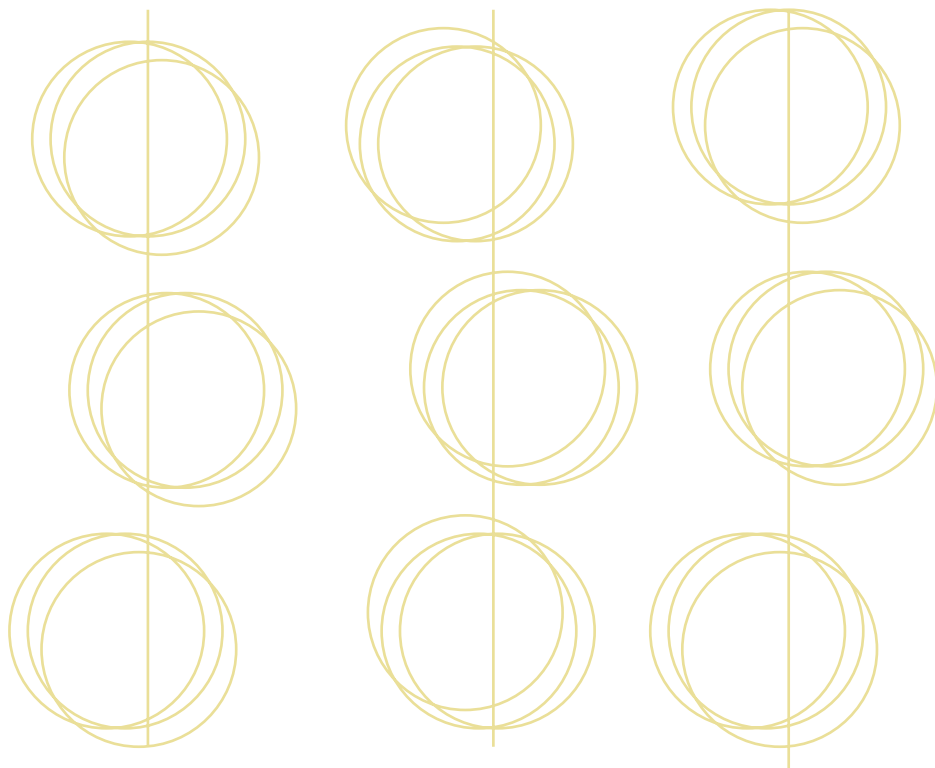


# DEBATES EN TORNO A LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Yael Bendel Coordinadora

Yael Bendel; Martín Perel; Juan E. Cicciaro; María V. Famá; Virginia Berlinerblau



**Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires**  
Consejo de la Magistratura





**Debates en torno a la acción  
penal en los delitos contra la  
integridad sexual de niñas,  
niños y adolescentes**



[www.editorial.jusbaire.gov.ar](http://www.editorial.jusbaire.gov.ar)  
editorial@jusbaire.gov.ar  
fb: /editorialjusbaire  
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]  
+5411 4011-1320



Sello  
**Buen  
Diseño**  
argentino

Debates en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes / Yael Silvana Bendel ... [et al.] ; coordinación general de Yael Silvana Bendel.- 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2019.  
Libro digital, PDF - (Doctrina 2019)

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-768-074-4

1. Delitos Contra la Integridad Sexual. I. Bendel, Yael Silvana, coord.  
CDD 364.153

© Editorial Jusbaire, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

#### **Consejo Editorial**

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Alberto Maques

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbín

Silvina Manes

Alejandra García

#### **Editorial Jusbaire**

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Edición: Francisco Berreta

Corrección: Daniela Donni y Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



**Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires**  
Consejo de la Magistratura

## **Autoridades 2019**

### **Presidente**

Alberto Maques

### **Vicepresidente**

Alejandro Fernández

### **Secretaria**

Lidia Ester Lago

### **Consejeros**

Raúl Alfonsín

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Anabella Hers Cabral

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

### **Administrador General**

Luis Hernando Montenegro



## **Autoridades del Ministerio Público Tutelar**

### **Asesora General Tutelar**

Yael Bendel

### **Asesora General Tutelar Adjunta de Menores**

María de los Ángeles Baliero de Burundarena

### **Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces**

Magdalena Giavarino





# ÍNDICE

Presentación y agradecimientos <b>Yael Bendel</b> .....	11
La infancia como sujeto de derechos y de protección. Elementos para pensar la regulación de la instancia de la acción penal en casos de delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es niña, niño o adolescente <b>Yael Bendel</b> .....	13
Vías (judiciales o administrativas) para hacer efectivo el derecho a ser oída/o de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal y su vínculo con el impulso de la acción penal <b>Martín Perel</b> .....	37
La acción penal en los abusos sexuales de menores: tensiones, reglas y excepciones <b>Juan Esteban Cicciaro</b> .....	49
Participación procesal de niñas, niños y adolescentes a la luz del principio de capacidad progresiva: incidencia en los procesos penales sobre delitos contra la integridad sexual <b>María Victoria Famá</b> .....	65
Delitos contra la integridad sexual: prejuicio, verdad del caso y acto de justicia <b>Virginia Berlinerblau</b> .....	75



## Presentación y agradecimientos

En primer lugar, cabe agradecer a todas las personas que participaron en las Jornadas denominadas “Debate en torno a la instancia de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes”, con fecha 15 de junio de 2018, llevadas a cabo en el salón Montevideo de la Legislatura porteña, especialmente a los autores que presentamos en esta obra.

Con seguridad sus aportes nos enriquecerán y, sobre todo, nos brindarán los elementos necesarios para pensar de mejor manera la protección integral de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNyA).

La organización de las mencionadas jornadas y la publicación de esta obra responden a un importante objetivo institucional: erigir a la Asesoría General Tutelar como referente en cuestiones y temas relacionados con la protección jurídica de la infancia y de personas usuarias del servicio de salud mental en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otro lado, la razón de ser de este tipo de actividades tiene una profunda vinculación con el sentido que tienen, en mi consideración, las propias labores de todo organismo que actúa en la defensa y en la protección de derechos de la ciudadanía, sobre todo de las poblaciones vulnerables. Desde el primer día en el que asumí el ejercicio de gobierno de este Ministerio Público Tutelar, estoy convencida de que el desenvolvimiento cotidiano de las tareas correspondientes a las distintas áreas –en el marco de una estructura funcionalmente diversa– precisa un gran apoyo teórico actualizado y específico.

En este sentido, la realización de seminarios, congresos, jornadas y mesas de debate por parte del Ministerio Público Tutelar persigue ampliar los saberes, incorporar información e intercambiar experiencias enriquecedoras.

A su vez, las publicaciones de carácter técnico-jurídico conforman un aspecto complementario, que permite dotar a los integrantes de este Ministerio Público, y en general a los eventuales lectores interesados, de herramientas de consulta e información sobre aspectos vinculados con la protección jurídica de los derechos del colectivo de la infancia.

En particular, la propuesta de un debate sobre la instancia de la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual cometidos contra personas menores de 18 años se explica por la unánime preocupación en torno a un tema que atraviesa muchos de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNyA) consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cuando NNyA son víctimas de un delito son doblemente vulnerables. En primer lugar, por su carácter de NNyA. En segundo término, por su condición de víctima. Esto nos insta a un doble, o bien, a un único gran desafío, cual es garantizar a NNyA el plus de derechos al que nos comprometimos como Estado y, a la vez, perseguir penalmente con éxito al autor del delito en interés de esa misma víctima privilegiada.

En el presente trabajo ensayaremos algunas reflexiones con la intención principal de aportar elementos varios para el debate de esta cuestión trascendente e inquietante, como son todas aquellas que vinculan la materia penal con la infancia.

Corresponde aclarar que las jornadas fueron realizadas con anterioridad a la sanción, por parte del Congreso de la Nación, de la reforma del artículo 72 del Código Penal a través de la Ley N° 27455. Por esta razón, los trabajos correspondientes a los expositores que participaron en ellas, por un lado, aluden como texto vigente de ese artículo al anterior enunciado ya modificado, y por el otro, caracterizan como proyecto de ley al actual artículo 72 del Código Penal.

La circunstancia apuntada no quita un ápice de actualidad a la presente edición, por cuanto muchos de los asuntos tratados en las distintas presentaciones mantienen su importancia, ya sea porque todavía de cara a la reforma sancionada pueden ser considerados problemáticos, o bien porque se corresponden con el sentido de la modificación legal.

Muchas gracias,

**Yael Bendel**  
Asesora General Tutelar

# La infancia como sujeto de derechos y de protección

Elementos para pensar la regulación de la instancia de la acción en casos de delitos contra la integridad sexual cuando la víctima es niña, niño o adolescente\*

Yael Bendel\*\*

## Introducción

La regulación de las acciones penales dependientes de instancia privada representa un asunto jurídico que, por su propia entidad, puede ser calificado como complejo. En este interaccionan diferentes fundamentos e intereses que deben ser armonizados en la medida de lo posible, a fin de alcanzar una realización del poder penal del Estado respetuosa de los derechos y garantías de todas las personas involucradas. En este contexto, las situaciones que surgen de los artículos 119, 120 y 130<sup>1</sup> del Código Penal, cuando la víctima es niña, niño o adoles-

---

\* El presente trabajo es una adaptación del artículo publicado por la autora en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, vol. 2018-10, pp. 83 a 95.

\*\* Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. Art. 119: Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere

cente (NNyA, en adelante nos referiremos a niñas, niños y adolescentes mediante esta abreviatura), son particularmente problemáticas.

En estas situaciones, que también pueden ser consideradas graves –en atención al bien jurídico involucrado y a la pena legalmente prevista–, la especial calidad de la víctima menor de 18 años impone una serie de cuestiones propias y privativas de ese colectivo jurídico al momento de pensar en el ejercicio de la acción penal, sus condicionamientos y, sobre todo, la prelación de los intereses en juego.<sup>2</sup>

Es que, por un lado, NNyA son concebidos/as como personas altamente vulnerables en relación con las violaciones a los derechos humanos; por lo tanto, requieren protección específica de sus derechos también en su condición de víctimas de delitos.<sup>3</sup> Su condición de NNyA

---

cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

Art. 120: Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119.

Art. 130: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

2. La situación de NNyA en relación con abusos sexuales resulta un punto que los instrumentos internacionales sobre derechos de la infancia han remarcado con particular énfasis.

3. Terragni, Martiniano y Freedman, Diego, “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino”, en AA. VV., *Acceso a la justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias*, JUFÉJUS, IADC, UNICEF, 2009, p. 8. Los autores recuerdan que

víctimas de delitos los/las coloca en un estado de vulnerabilidad dual (etaria y aflictiva) que requiere por ello una doble protección.<sup>4</sup> A este respecto, puede apreciarse la obligación del Estado de proteger a NNyA víctimas de abuso sexual e investigar a los autores de tales crímenes.<sup>5</sup>

Asimismo, directamente vinculadas con esta obligación estatal deben ser entendidas las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en cuanto insta a que los casos de violencia, malos tratos y abuso, incluido el abuso sexual, “sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño”.<sup>6</sup>

Por otro lado, la especial calidad de las víctimas menores de 18 años de edad, sobre todo en casos de abusos sexuales, nos lleva a poner el foco de una manera especial en aquellos derechos conexos, que giran alrededor de la actividad estatal de persecución y castigo penal.<sup>7</sup> Es aquí donde el derecho de NNyA víctimas a ser oídos cobra relevancia (art. 12, CDN)<sup>8</sup> en un entendimiento dinámico como posibilidad real

---

específicamente respecto de los/as NNA víctimas o testigos de delitos, la CDN establece diversos mecanismos de protección especial de sus derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos, en particular en el art. 19, CDN.

4. Beloff, Mary, “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado”, en AA. VV., *Acceso a la justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias*, op. cit., p. 23.

5. Art. 19, CDN: El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General N° 13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, del año 2011, define abuso sexual como toda actividad sexual impuesta por un/a adulto/a a un/a niño/a contra la que este/a tiene derecho a la protección de derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un/a niño/a a otro/a si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños/as no se consideran abuso sexual cuando los/as niños/as superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas (párr. 25, n. 9).

6. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 8, “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes” (art. 19, párrafo 2° del art. 28 y art. 37, entre otros), de fecha 21 de agosto de 2006, párr. 40.

7. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

8. Ver punto VIII. Derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

de los/as niños/as de defender por sí mismos/as –en la medida de sus posibilidades y capacidades– sus intereses ante la Justicia.<sup>9</sup>

Así, reconocimiento de personalidad jurídica propia de NNyA, distinta a la de sus padres,<sup>10</sup> e indagación del interés superior en la protección de sus derechos (art. 3, CDN),<sup>11</sup> convergen para reforzar el sentido del derecho a ser oído –tal como fue este antes postulado– en situaciones como las involucradas en el artículo 72, CP.

Todos estos elementos –obligación estatal de brindar protección específica a NNyA víctimas de abusos sexuales, el debido respeto por su intimidad, su derecho a ser oídos y a que su personalidad jurídica privilegiada sea reconocida como tal, etc.– se encuentran implicados en las resonancias del concepto de instancia privada como condicionante del ejercicio de la acción penal pública.

---

9. Este derecho a ser oído/a ha sido identificado como la base jurídica de apoyo, por ejemplo, para el reconocimiento de legitimación para que el/la niño/a se presente por derecho propio en calidad de querellante en una causa penal. Ver, entre muchos otros precedentes, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, causa N° 32.760, “O. C. s/ recurso de queja”, rta. el 25/09/07.

10. Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del voto concurrente del juez Cancado Trindade, párr. 41. “El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio)*”.

11. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 14, “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, del año 2013, párr. 43. Como ejemplo de la interrelación entre escucha del niño y determinación de su interés superior en el ámbito estrictamente procesal penal, podemos ver que en relación con el proceso penal de la CABA el art. 42 inc. a) de la Ley N° 2451 dispone que: “Con el fin de efectivizar los derechos de las personas menores de dieciocho (18) años de edad víctimas y testigos de delitos en el desarrollo del proceso, la autoridad judicial debe tener en cuenta los siguientes criterios: inc. a) A fin de determinar el interés de la persona menor de dieciocho (18) años de edad damnificado se escuchará en audiencia a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, garantizándole el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y su madurez...”.



En el presente trabajo, después de una breve referencia al concepto de la instancia privada de la acción penal pública como terreno donde se incrustará nuestro análisis, examinaremos la normativa vigente (art. 72, CP) desde una estricta perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos referido a la infancia. Nuestro examen podrá ser tenido como un juicio crítico de la legislación penal, de sus significados, connotaciones, pero sobre todo de sus olvidos y omisiones. Por último, pondremos de resalto distintos puntos que entendemos imprescindibles en cualquier reforma legislativa sobre este tema en la actualidad.

Debemos advertir que nuestra posición con respecto a la cuestión en análisis se condice completamente con una férrea postura en torno al firme castigo de las aberrantes conductas criminales que violentan los cuerpos y la integridad sexual de NNyA. Además, esta posición guarda armonía con la postulación, a modo de objetivo prioritario de política criminal, de un tenaz compromiso de todas las agencias estatales en la prevención de estas nocivas conductas. En definitiva, aquí sólo plantearémos que la mejor forma de analizar y pensar la decisión de dar inicio a la persecución penal es a través del cabal respeto de la conceptualización de NNyA como sujetos que merecen una especial protección de sus derechos.

## **La instancia privada en los delitos de acción pública como acto jurídico relevante**

En lo concerniente al instituto jurídico conocido como “instancia privada”, podemos decir que este concepto implica la remoción por parte de la víctima de un obstáculo procesal basado en un interés distinto a la mera persecución penal. Con el ejercicio de esa instancia se da inicio, así, a la investigación oficial por la presunta comisión de un delito de acción pública.<sup>12</sup>

Podemos ver que, en términos generales, en estos casos de delitos de acción pública dependientes de instancia privada es la víctima

---

12. Se trata, como es sabido, de una excepción al principio de legalidad en el ámbito procesal penal reconocido en el art. 71, CP, y más específicamente a la indisponibilidad de la acción penal.

quien, en su propio interés, tiene la decisión de habilitar a la justicia penal a dar inicio a la persecución penal.<sup>13</sup>

Si en estas cuestiones la intervención del Estado sólo procede ante la voluntaria puesta en conocimiento por parte de la víctima del hecho criminal con el objeto de estimular su investigación, no son difíciles de apreciar los interrogantes que despiertan los casos de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual, dada la conflictiva relación que siempre existió entre el legislador penal y el reconocimiento amplio de los derechos de NNyA.

Estos interrogantes surgen con mayor intensidad cuando reparamos en que el mecanismo de la instancia privada en los casos de los artículos 119, 120 y 130 del CP encuentra su explicación en el interés de la víctima, en particular, en la protección de su intimidad y en la evitación de un daño moral ante la posibilidad de renovar sus vivencias pasadas (*doble victimización*).<sup>14</sup>

## Análisis de la normativa vigente

Antes aludimos a la presencia de un interés particular de la víctima, interés distinto a la sola persecución penal y castigo, como fundamento de la decisión del legislador de dejar en sus manos el indispensable impulso de la acción penal pública y así dar inicio a la persecución concreta por la supuesta comisión de un delito contra la integridad sexual.

La complejidad señalada se relaciona con el carácter jurídico de la infancia y las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos.

---

13. En cuanto a la actuación procesal por derecho propio de una persona menor de edad víctima de delito contra la integridad sexual se ha dicho que “el derecho de ser oído no implica sólo ser formalmente escuchado, sino también a tener conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer prueba de cargo y estar presente como acusador privado en las audiencias. En esta inteligencia, las normas sobre la capacidad procesal y la representación legal ineludiblemente se armonizan y adecuan a la nueva configuración de nuestro ordenamiento jurídico, compatibilizándose con los lineamientos de la CDN”. Terragni, Martiniano y Freedman, Diego, “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino”, *op. cit.*, p. 10.

14. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 856.

Toda vez que la protección de la intimidad u otro interés relacionado a esta es lo que el sistema jurídico penal tiene en cuenta para dar a las víctimas (adultas) la posibilidad real de que sean ellas quienes decidan si, y cuándo, promover la persecución de un ultrajante –para ellas mismas– hecho delictivo, ¿cómo debe atender el sistema la particular situación dada por una persona víctima menor de 18 años? ¿Debe brindar un mecanismo totalmente distinto para este caso en función de otros intereses en juego? ¿O bien debe adecuar el procedimiento previsto para los adultos de manera tal que brinde una armónica recepción a la situación jurídica de los/las NNyA víctimas?

Estas preguntas en clave crítica nos llevan a la lectura del artículo 72 CP, actualmente vigente. A los fines de este debate nos interesa resaltar el inciso primero, que menciona los delitos contra la integridad sexual. Obviamente, también los dos últimos párrafos deben ser tenidos en cuenta para dar una interpretación sistemática de las reglas aplicables.

Artículo 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.

3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel.

Un rápido análisis de la norma en cuestión permite ver que, en lo que aquí nos interesa examinar –víctimas menores de 18 años de edad–, el artículo 72 CP prevé un principio general claro: la instancia de la acción penal, es decir, la autorización de la víctima para que los

agentes oficiales inicien la persecución penal debe ser dada por los *representantes legales, tutor o guardador*.<sup>15</sup>

Una excepción a esta exclusiva e incontrolada potestad de los representantes de NNyA viene dada por la decisión del órgano competente de *iniciar de oficio*, sin mayor aditamento o recaudo, la investigación penal cuando el delito fuere cometido contra “un menor que no tenga padres, tutor ni guardador”.

La misma solución legal anclada en la supresión de todo efecto de la voluntad individual de los sujetos *–inicio de oficio–*, se da ante el supuesto de un delito cometido contra “un menor [...] por uno de sus ascendientes, tutor o guardador”.

Ahora bien, en una tercera excepción, el Fiscal en el ejercicio de su buen juicio relativo a sus propias funciones tiene la potestad de iniciar de oficio una investigación penal en caso de intereses contrapuestos entre “su padre, madre, tutor o guardador” y el/la “menor”, siempre y cuando ello sea lo más conveniente para el interés de este último.

En este último caso, así como en el resto de los supuestos (incluido el principio general), la norma penal no expone parámetro alguno para tener en cuenta en el análisis de la validez de la decisión de iniciar o no la persecución penal *en nombre e interés* de NNyA; ni tampoco alude a una instancia de control acerca de la validez de dicha decisión. Menos aún expone la necesaria presencia de operadores especializados en infancia para la realización de actos que involucran directamente los derechos de NNyA.

No hay dudas de que tal silencio revela una forma de (no) regulación de los derechos y garantías de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual y una especial (des)consideración del concepto *interés superior del niño*.

---

15. Para González Da Silva, la iniciación de la acción puede ser efectuada por cualquiera de los padres, teniendo presente los lineamientos del instituto de la responsabilidad parental. González Da Silva, Gabriel (dir.), *Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017, p. 227.

## Examen crítico de la situación jurídica de las/os niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual de cara al impulso de la acción penal

Tomando en consideración que el objeto del presente trabajo es una mera introducción a modo de presentación de los temas que abordan cada uno de los autores de esta obra, respecto de la norma vigente pueden hacerse las siguientes consideraciones sobre distintos asuntos de relevancia:

### Ejercicio del derecho a ser oído y el interés superior de la niña y el niño

Con relación al ejercicio del derecho a ser oído y el interés superior de la niña y el niño, hay que decir que en todo asunto que involucra a NNyA deben operar según la CDN dos principios fundamentales: derecho a ser oído y el interés superior. Como vimos, en el artículo 72 no hay ninguna referencia al derecho a ser oído, ni explícita ni implícitamente; y además, como veremos, el interés superior de la niña y el niño se encuentra regulado de una manera particular o quizás problemática.

La idea referida al interés superior de la niña y el niño es un punto ciertamente problemático en el reconocimiento acabado de los derechos y garantías de NNyA. Este concepto despierta dudas por su maleabilidad, esto es, por la posibilidad de que los adultos y, sobre todo, los operadores y funcionarios judiciales moldeen cualquier decisión referida a NNyA mediante la referencia o declamación del favorecimiento a su interés superior.

Sin embargo, el sistema internacional de los derechos humanos referidos a la infancia ha dado pautas sobre la necesidad de precisar en cada situación concreta cómo se constituye el interés superior como norte de una decisión que compromete a NNyA en su consideración de sujetos privilegiados.

El interés superior ha sido definido como un derecho, un principio y una norma de procedimiento para cuya evaluación se deben atender distintos elementos, como ser la propia opinión de NNyA, su cuidado, protección y seguridad, la preservación del entorno familiar, el mantenimiento de las relaciones y su situación de vulnerabilidad. La plena

aplicación del concepto de interés superior de la niña y el niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas de NNyA y promover su dignidad humana.<sup>16</sup>

Con ello queda en claro que la promoción de la dignidad y la reconstitución de su integridad psíquica, moral, psicológica y espiritual son aspectos que hacen al interés superior en un conflicto o suceso determinado, y que su propia opinión es un elemento constitutivo insoslayable de ese concepto, según los casos obviamente.

La especial figura de víctima implica, es cierto, una traumática situación de afectación de derechos. Ello, como dijimos, se potencia cuando quien sufre tal vulneración es una persona menor de 18 años de edad. Sin embargo, esta situación no puede llevarnos a desconsiderar, desde el punto de vista jurídico, la opinión de las/os NNyA, pues en esa opinión y en la posibilidad de darla y ser tenida en cuenta se juega su propia subjetividad. Negarle ese derecho es negarle su calidad de sujeto, lo que paradójicamente, en algunos casos, podría representar un agravamiento de su especial condición de aflicción como víctima de un delito: sería una víctima de un hecho sobre cuyo tratamiento o abordaje no tendría ninguna incidencia; es más, como un desprecio más, los adultos asumirían por ella su voz y preferencias.

Otras leyes que también abordan de manera específica la situación de las víctimas de hechos delictivos, en vez de despreciar la opinión y voz de quienes sufren aun los crímenes, o sobre todo, cuando son NNyA, fortalecen los medios y recursos para que el derecho a ser oído sea ejercido legítimamente.

Resulta interesante observar que la Ley N° 27372, al especificar circunstancias de vulnerabilidad que pudieren dificultar el ejercicio de los derechos de las víctimas de delitos, expresamente menciona la edad como causa de vulnerabilidad, pero no lo hace para negarle a las/os NNyA toda participación en los actos que lo conciernen sino para establecer que las autoridades “deberán dispensarle atención especializada” (art. 6).<sup>17</sup>

---

16. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de fecha 29 de mayo de 2013.

17. El mismo art. 6 de la Ley N° 27372 dispone: “Se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos: a) Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratare de una persona con discapacidad”.

El artículo 26, inciso b.6) de la Ley N° 26485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) dispone que:

... en caso de que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

En definitiva, el Código Penal actualmente en vigencia parece pasar por alto que, ante la presencia de una víctima de un abuso sexual NNyA, surgen obligaciones estatales reforzadas en consideración de su interés superior y de su derecho a ser escuchadas/os. Esto implica una intervención estatal permanente y efectiva por medio de agentes especializados para evitar a toda costa su revictimización, pero también para lograr su reintegración, es decir, su reconstitución subjetiva después de un hecho traumático.

Esta reintegración se vincula con el reposicionamiento de la víctima en un lugar de decisión y ejecución de sus facultades. Ambas variables se encuentran necesariamente interrelacionadas. En ello se juega el acceso a la justicia de sujetos vulnerables, en este caso las personas menores de 18 años, en condiciones de igualdad, puntualmente con respecto a las personas adultas.

El punto que aquí destacamos es una omisión total del legislador penal de todas estas especiales aristas relacionadas con el tratamiento de los derechos de NNyA.

### Falta de armonización con relación a diferentes ordenamientos jurídicos

Directamente vinculado con el punto anterior, podemos aludir a una ostensible falta de armonización entre diferentes normas jurídicas del sistema legal de nuestro país, en particular, entre el Código Penal y el resto del ordenamiento referido a la infancia.

Podemos decir que existen leyes tales como la Ley N° 26485,<sup>18</sup> la N° 27372 o el propio Código Civil, donde se les reconoce a las/os NNyA en virtud de su edad facultades para realizar actos en su interés, que el Código Penal no contempla.

Pensamos que una lectura según la cual, en los casos del artículo 72, CP, cabe entender que existe una remisión implícita a la Ley N° 26061,<sup>19</sup> en particular a sus artículos 2 y 29, puede representar una mirada superadora a la mera literalidad del enunciado del Código Penal y, en ese sentido, puede ser calificada como saludable o provechosa. Pero aun así no parece ser una solución plenamente satisfactoria o bien, si se quiere, integral.<sup>20</sup> Por lo pronto, esa creativa lectura deja la remisión normativa, y con ello la operatividad de los derechos de NNyA, al mero e incontrolado criterio del intérprete y, por cierto, no ha sido la solución propiciada por la jurisprudencia.<sup>21</sup>

---

18. El art. 24, inc. b), de la Ley N° 26485 menciona entre las personas que pueden efectuar una denuncia por violencia a “la niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

19. Ley N° 26061, sancionada en fecha 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho en fecha 21 de octubre de 2005.

20. González Da Silva parece suscribir la idea de una remisión tácita a la Ley N° 26061 como solución a los inconvenientes que la regulación de la instancia privada tiene con respecto a los derechos de NNyA. Gonzalez Da Silva, Gabriel (dir.), *op. cit.*, pp. 259-260. Sin embargo, el autor no aclara cómo se resuelve el caso –amparado por la ley vigente– en el cual los padres deciden no presentar denuncia formal por un delito dependiente de instancia privada sufrido por su hijo/a sin conocimiento alguno de las autoridades u oficiales (juez, fiscal, policía). Entendemos que esa situación es irreversible de acuerdo con la ley penal vigente aun cuando tiempo después esas autoridades tomen conocimiento del hecho.

21. En definitiva, la idea de una remisión tácita no aporta mucho en términos de soluciones; al mismo camino podríamos arribar mediante una amplia aplicación directa de los artículos pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto norma constitucional. Pero cabe reparar en la opinión de la jurisprudencia nacional que considera que “las víctimas menores de edad no están autorizadas legalmente a expresar su voluntad...”, y que por tratarse el delito de abuso sexual de un delito dependiente de instancia privada “que pudo haber ofendido a las menores en su esfera más íntima y secreta la ley estima prudente dejar librado a criterio de quien las representa legalmente la decisión de realizar la denuncia respectiva o de no hacerla”. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, en autos “Inc. de excepción de falta de acción de H.R.B.”, con fecha 8 de agosto de 2011.



A su vez esa lectura, que tendería en principio a armonizar los ordenamientos jurídicos en sus artículos referidos a la niñez y sus derechos, confrontaría con la interpretación sistemática del CP sobre el punto. Es que de la lectura conglobada de los artículos 67 y 72 CP, se puede apreciar que el legislador penal habría específicamente decidido privar a los/as “menores” víctimas de la posibilidad de instar por sí mismos/as la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual para después sí, una vez adquirida la mayoría de edad, permitirles que su expresión de voluntad genere efectos en la persecución penal del delito que sufrieron.<sup>22</sup>

Estas meras impresiones críticas sobre la regulación penal de la instancia privada de delitos contra la integridad sexual en los casos de víctimas menores de 18 años, que aluden al desajuste en lo que a las facultades de NNyA se refiere, en el fondo traslucen un problema mayor, cual es las discordantes visiones que existen sobre la infancia en el Código Penal con respecto al resto del ordenamiento. Si bien se trata de un asunto que excede por mucho al objeto del presente trabajo, podemos deslizar que, salvo excepciones como las mentadas Leyes N° 26485 y N° 27372, la visión del legislador penal sobre la infancia no traduce adecuadamente el concepto de sujetos privilegiados impuesto por el sistema internacional de los derechos humanos.

### Falta de reconocimiento de matices diferenciales para el acabado ejercicio de derechos del colectivo conformado por niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual

¿Por qué decimos que no se reconocen matices diferenciales? Porque no se distinguen cuestiones como la edad o las características del delito en concreto, que son importantes al momento del ejercicio de los derechos por parte de NNyA.

Las situaciones de vulneración de derechos de NNyA en su condición de víctimas no son todas idénticas entre sí en cada uno de los artículos

22. En rigor, la “solución” de tal supuesto viene dada por el art. 67 CP, que dispone que se suspende la prescripción de la acción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia. En definitiva, el art. 67, CP da a quien alcanzó los 18 años de edad el derecho omitido a NNyA en el art. 72, CP, esto es, opinar –e incluso decidir– con efectos jurídicos concretos sobre un hecho de suma relevancia que sufrió en el pasado.

del Código Penal abarcados por el enunciado del artículo 72 CP (arts. 119, 120 y 130, CP). Se trata de conductas disímiles entre sí en términos de intensidad de su afectación y modalidades y circunstancias de comisión. La sola lectura de las distintas penas en juego en el catálogo de conductas delictivas involucrado en los artículos 119, 120 y 130 CP refleja esta idea.

Pero lo más significativo en este punto, y que complementa la compleja situación normativa esbozada en el párrafo anterior, es que el conjunto contenido en la categoría “víctimas menores de 18 años” se destaca por su heterogeneidad y diferencias, sobre todo, etarias, lo cual no es un dato menor sino todo lo contrario al momento de considerar la operatividad de la realización directa de sus intereses en un proceso judicial.<sup>23</sup>

La edad y grado de madurez de las personas menores de 18 años son las variables de ajuste en el análisis del ejercicio personal de sus derechos en diferentes ámbitos jurídicos. No existe razón alguna para descartar *a priori* el mismo examen en contextos de graves afectaciones de derechos. En todo caso, las situaciones que provocan afectaciones de gran intensidad requieren un particular examen y soluciones específicas, pero siempre teniendo en mente el respeto absoluto de la calidad de sujetos de derecho privilegiados de NNyA.

Esa calidad, como dijimos, implica una protección por parte del Estado, pero dicha protección necesita ser precisada y particularizada en función de los derechos puestos en juego en cada situación. En principio, la intervención protectoria estatal no debe ser ilegítima, esto es, debe respetar el interés superior del/la niño/a en cada situación concreta y debe tener en cuenta, según el caso, la opinión de las propias víctimas y hasta la posibilidad de generar actos jurídicamente relevantes –por lo menos si las opiniones para el caso de las personas mayores de 18 años son relevantes desde el punto de vista jurídico–. Es decir, la “protección” estatal no debe cosificar de manera general y desde un primer momento a las víctimas menores de 18 años de edad.

---

23. No debemos pasar por alto una necesaria perspectiva de género en la atención de una gran parte de estos casos de abusos sexuales. Según datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de los casos atendidos en la Línea Nacional contra el Abuso Sexual Infantil, el 69% (más de 2100 casos) corresponde a víctimas niñas, niños y adolescentes. De ese total, siete de cada diez víctimas menores de 18 años son niñas. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/oBz3PVSx7bvkubk5xdXF1b1Z5TERTeEVuV2tuaTAWUVVoc2FB/view>; también ver: <http://chequeado.com/el-explicador/abusos-infantiles-que-muestran-los-datos-sobre-la-situacion-en-la-argentina/>

## Interés jurídico protegido en la redacción del Código Penal

¿Por qué destacamos un “interés jurídico protegido” en el contexto de la redacción vigente del Código Penal? Básicamente porque la norma penal no parece considerar a NNyA como sujetos de derechos privilegiados y, en ese sentido, no parece tener en cuenta su interés –su interés superior en los términos prescriptivos de la CDN– en la modulación de la instancia de la acción cuando ellos/as son víctimas de delitos contra su integridad sexual.

Podemos decir, pues así lo ha afirmado la propia jurisprudencia nacional, que el interés de NNyA se encuentra de alguna manera relativizado, o bien diluido, por la presencia tácita de otros intereses distintos. De este modo, cuando las víctimas son NNyA, aparece como verdadero interés jurídico protegido en la regulación del artículo 72, CP, más que un valor propio de la infancia, “la intimidad y el decoro de la familia”.<sup>24</sup>

En consecuencia, el eje de la sujeción del instituto de la instancia privada a determinadas reglas resulta, en el código vigente, algo distinto al interés superior del/la niño/a. Podríamos decir que este eje es –o, mejor dicho, es en parte– la disponibilidad de NNyA por parte de los adultos, basada en su conveniencia, y dados determinados intereses distintos a los propios y privativos de NNyA.

Como ya dijimos, en el mejor de los casos, el interés de la niña y el niño queda disuelto dentro de los intereses de los adultos, los que, a su vez, determinan en todos los casos lo que conviene en interés de la niña y el niño en esa situación que la norma plantea; es decir, determinan si instar o no la acción penal.

---

24. “El límite a la acción pública que consagra la norma, tiende a proteger la intimidad personal y el decoro de la familia; en defecto de dichos objetivos el legislador, con buen criterio, ha previsto excepciones dirigidas a acentuar el fin tuitivo de la norma sancionatoria”, C.N.Crim. y Correc., Sala V, “CANO, Carlos”, rta., de fecha 31/10/05, causa N° 28.091.

## Intervención de oficio del fiscal. Relación con el interés superior del “menor”

Del enunciado del artículo 72, CP, podemos ver que la posibilidad de intervención de oficio del Fiscal está relacionada de una particular manera con el interés superior “del/la menor”.

Se trata de una referencia expresa a una decisión de un funcionario o, mejor dicho, a una imposición a un funcionario para actuar en función del interés de NNyA, pero sin tener en cuenta su opinión o demás circunstancias que determinan ese interés. La iniciación de oficio de la persecución penal implica que el comienzo de la investigación formal debe llevarse a cabo de manera inmediata al conocimiento –por la vía que fuere– del supuesto hecho delictivo, sin demora alguna, sin aguardar acto o decisión de un particular, y también de manera indisponible e irrevocable. Para decirlo crudamente, la víctima NNyA, a diferencia de lo que sucede con los adultos, no tiene incidencia alguna en este proceder, ni siquiera para demorar su comienzo.

Esta circunstancia podría representar la intensificación del agravio sufrido por una víctima de un abuso sexual, pues al hecho ultrajante llevado a cabo sin su consentimiento y contra su voluntad se suma la indiferencia oficial acerca de su opinión en la iniciación del proceso. Sumado a ello, quedan en evidencia los problemas que podrían surgir para el éxito de cualquier investigación que pretenda ser llevada adelante contra la voluntad de la víctima aun, o sobre todo –por lo delicado de la situación–, cuando ella es menor de 18 años de edad.<sup>25</sup>

Dicho esto, cabe realizar dos observaciones. Por un lado, en la parte del enunciado del artículo 72 CP, aquí analizado, se desconoce la intervención de los organismos especializados en infancia del sistema de protección integral. Por otro lado, en el mejor de los casos,

---

25. No es difícil de imaginar que en estos casos donde por lo general el testimonio de la víctima es sumamente importante, la negativa de la víctima NNyA a participar en una investigación iniciada en contra de su opinión o voluntad representa un obstáculo para el éxito de la persecución y castigo del autor del delito.

el interés superior del “menor” destacado en la norma está limitado a la existencia de una peculiar situación de intereses contrapuestos.<sup>26</sup>

26. Al respecto, la jurisprudencia nacional ha precisado que “El artículo 72 del Código Penal en su parte final consagra excepciones específicas a la exigencia de instancia por parte de la víctima o su representante legal en la nómina de delitos que contempla esa misma norma. Entre esos supuestos se sitúa el caso en que existieran intereses gravemente contrapuestos entre los padres, tutores o curadores y el menor. Corresponde añadir que ‘el principio de la instancia privada ha sido consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado’. Precisamente, el propósito por el cual el legislador agregó ese párrafo fue el de cubrir los casos en que los menores son abusados sexualmente dentro del seno familiar. Ejemplo de ello es el de la madre que tolera y no insta la acción penal cuando sabe que otro integrante del grupo familiar agrede reiteradamente a sus hijos menores, y encubre el hecho para no agravar la situación. También se ha manifestado que ‘Corresponde ordenar la iniciación de oficio de un proceso por el delito de abuso deshonesto contra una menor, si el autor del delito es primo de la persona que tiene la guarda de la niña en el caso, la abuela, toda vez que, de existir intereses gravemente contrapuestos entre aquellos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio, si así resultare más conveniente para el interés superior del niño’. La situación de [...] se adecua perfectamente a la hipótesis introducida por la norma. Veamos que contaba con 15 años al momento en que se inició esta causa, los episodios habrían sido cometidos reiteradamente mientras aquella tenía entre 13 y 14 años por el esposo de su tutora aprovechando la situación de convivencia y, si bien, sus tías tienen su guarda (una como tutora legal –esposa del imputado– y la otra de hecho desde el inicio de la causa) al ser informadas de lo ocurrido por las autoridades del colegio al que concurre su sobrina [...] realizaron la pertinente denuncia [...]. Luego, al presentarse a ratificarla ante el juez [...] manifestó su intención de no instar la acción penal [...]. Destacamos que en esa ocasión refirió: ‘sinceramente hemos estado hablando mucho con mi sobrina y tanto ella como así también mis hermanas y yo preferimos que no se investigue penalmente esto [...],’ lo que motivó la aplicación la excepción a la norma antes citada, se diera intervención al representante del Ministerio Público Fiscal, el cual realizó el correspondiente requerimiento de instrucción (art. 180 y siguientes del catálogo procesal). Por otro lado el Sr. Fiscal fundamentó en este incidente las razones que lo llevaron a actuar ante la situación familiar en que se encuentra la víctima, y por ello la probable presión familiar. Estima el tribunal que en el caso sometido a estudio se hallaba habilitada la fiscal a actuar de oficio –tal como lo hizo–, en protección de los intereses superiores de la menor abusada consagrados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional. Se sostuvo que ‘Si bien las víctimas menores de edad no están autorizadas legalmente a expresar su voluntad, tampoco pueden quedar inermes ante un probable ilícito de graves características como podría ser el probable abuso sexual. Sin perjuicio de tratarse de un delito dependiente de instancia privada que pudo haber ofendido a las menores en su esfera más íntima y secreta y que por ello la ley estima prudente dejar librado a criterio de quien las representa legalmente la decisión de realizar la denuncia respectiva o de no hacerla, el requisito de la instancia de la acción para que el Estado ejerce su pretensión punitiva no puede convertirse en un escollo

## Pautas insoslayables para una reforma legal

La utilidad de un análisis crítico de los distintos aspectos abarcados por el instituto de la instancia de la acción y su vigente regulación para los casos de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual, entre otras cosas, viene dada por la búsqueda de las variables adecuadas para pensar en reformas o alternativas a la actual redacción del artículo 72, CP.

Entre las variables para tener en cuenta en una eventual reforma podemos encontrar:

**Niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos son doblemente vulnerables y, por lo tanto, requieren de un particular plus de protección que satisfaga sus necesidades concretas**

Ese plus de protección como concepto jurídico –para representar alguna utilidad que exceda a su mera declamación rimbombante– necesita ser particularizado con relación a la especial situación que se pretende regular.

En el caso aquí analizado el desafío es mayúsculo, pues no tenemos una única situación referida “a una única conducta delictiva dirigida contra una única especie de víctima”, sino que nos encontramos, primero, ante múltiples y distintas conductas que pueden ir desde tocamientos hasta abusos sexuales con penetración de forma reiterada pasibles de prolongarse en el tiempo; y también nos encontramos ante una variedad etaria (0 a 18 años de edad), que representa un ámbito subjetivo heterogéneo muy difícil de englobar con pretensión normativa de estricta uniformidad.

---

que conduzca al olvido o a la indiferencia de todo cuanto manifestaran, decidieran y no consintieran hasta ahora las madres de las damnificadas, porque el interés superior de las menores debe situarse por encima de las exigencias procesales, máxime cuando ya se expuso judicialmente el suceso. Las previsiones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, equiparada a nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22, imponen obligaciones expresas a los estados parte, especialmente en su preámbulo [...], las que resultan prioritarias respecto del derecho interno de los adherentes. En consecuencia, se disipa el impedimento procesal dispuesto en el art. 72 en cuanto valla la formación de causa para el supuesto consignado en su inc. 1 y se faculta al Ministerio Público Fiscal a actuar de oficio cuando existieron intereses gravemente contrapuestos entre los representantes legales y el menor”. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, en autos “O., A.M.”, rta. de fecha 8 de julio de 2014.

Cada una de estas víctimas, en cada una de las situaciones aflictivas que sufren, debe obtener una protección y consideración adecuada a su condición de sujeto de derechos privilegiada. Pero cada una de ellas es distinta en su subjetividad. Una correcta regulación legal debe tender a dar una respuesta en clave de protección de derechos a la situación problemática concreta que cada NNyA víctima sufre.

### Derecho a ser oído, interés superior y autonomía progresiva

Hemos dicho que en determinados contextos jurídicos (*v. gr.* víctimas de delitos) la alusión a un privilegio de NNyA debe ser traducida como una protección reforzada de su persona y derechos. Pero este plus de protección debe darse siempre teniendo en cuenta la calidad de su *sujeto*, con intereses y, según sean las condiciones de edad y madurez presentes, opiniones.

Una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de NNyA, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar el acceso a la justicia y la asistencia jurídica de NNyA víctimas en el sistema penal, en general, y en la activación o no de la persecución penal.

La Corte IDH ha dicho con relación a NNyA víctimas en los procesos penales que el acceso a la justicia no sólo implica habilitar los mecanismos necesarios para que NNyA puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y el grado de madurez.<sup>27</sup>

No hay dudas de que esa participación abarca lo concerniente a la decisión de la víctima sobre provocar o no la persecución penal pública con motivo del hecho por ella sufrido, y todo ello en virtud del mismo interés (*v. gr.* intimidad, evitación de la revictimización) que es reconocido a las víctimas adultas.

---

27. Corte IDH, caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, párr. 161.

## Interacción en el marco del sistema de protección integral de derechos

En el artículo 32 de la Ley N° 26061 se define al Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes como aquel conformado por todos los organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Como tal, este sistema es algo más que un simple agrupamiento de esfuerzos y programas a discreción o merced de operadores de turno. En realidad, se trata de un conjunto de partes organizadas y relacionadas que interactúan entre sí para lograr un objetivo común. Si algo caracteriza a este sistema es que está integrado por instituciones que se encuentran interrelacionadas, y de ese modo cada una compone un todo que está al servicio del mismo objetivo.<sup>28</sup> El sistema de protección integral de la infancia está y debe estar al servicio de la protección integral de los derechos de NNyA.

Cuando la exigencia de una protección de derechos, ante una omisión estatal o una vulneración de derechos, toma la forma de una pretensión en un procedimiento de justicia, las instancias correspondientes deben complementarse a fin de que no exista una superposición de sistemas distintos en el ejercicio de las mismas funciones, ni un desplazamiento mutuo sin cobertura alguna para brindar a una situación de aflicción altamente delicada.

Ante la ocurrencia de un hecho aflictivo (delito), NNyA deben contar con una cobertura integral en su reparación no sólo para evitar su revictimización sino también, y sobre todo, para apuntalar su reinserción y con ello potenciar el ejercicio de sus derechos (*v. gr.* participación procesal). En este sentido, la Corte IDH manifestó que la actuación estatal deberá estar encaminada a la protección reforzada de NNyA víctimas de abusos sexuales, a través de la actuación mul-

---

28. Morlachetti, Alejandro, *Sistemas Nacionales de protección integral de la infancia en América Latina y el Caribe. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación*, Santiago de Chile, UNICEF y División de Desarrollo Social, CEPAL, 2013, p. 12.



tidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento, como es el caso del ministerio público y las autoridades judiciales junto con profesionales de la salud, los servicios sociales y legales, la policía, entre otros.<sup>29</sup>

El legislador penal generalmente ha pasado por alto la necesidad de lograr una interacción adecuada entre aquellos organismos administrativos que componen el Sistema de Protección Integral de derechos de la infancia y los operadores judiciales que en muchos casos actúan en los procesos penales en función, y hasta en representación, del interés superior de NNyA.

La intervención del fiscal en la persecución de los delitos contra la integridad sexual mencionados en el artículo 72 CP, cuando existen NNyA, no puede omitir una coordinación con quienes ejecutan las políticas públicas de restablecimiento de la integridad y dignidad violentada en un caso de abuso. Desde el punto de vista que aquí propugnamos, la decisión sobre el interés de la víctima en la persecución del delito que ella sufrió comparte una razón de ser y un objetivo con la labor de los efectores políticos que trabajan en el restablecimiento integral de la víctima NNyA. La construcción de ese interés superior en cada caso debe ineludiblemente contar con el aporte de los competentes órganos administrativos.<sup>30</sup>

Incluso más, el legislador penal, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil,<sup>31</sup> no ha vislumbrado siquiera la posible intervención de los asesores o defensores de los NNyA para actuar en forma principal o complementaria en un acto procesal que compromete intereses de NNyA, como es el impulso de la acción penal. Este olvido se explica por la clara invisibilidad de los NNyA como sujetos de derechos en la

29. Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, párr. 164.

30. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es el organismo especializado en infancia que tiene como finalidad promover, proteger y garantizar los derechos de todas/os las/os niñas, niños y adolescentes (art. 45, Ley N° 114).

31. El artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el Ministerio Público (Defensor de Menores) debe intervenir respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos. Su actuación puede darse en el ámbito judicial (ya sea en forma complementaria o principal) y extrajudicial.

regulación y ponderación de su interés individual en los excepcionales casos en los que el sistema penal tiene en cuenta tal interés de los individuos (víctimas) en la manifestación de la pretensión punitiva (arts. 72 y 73, CP). En definitiva, podemos decir no sin desazón que esa invisibilidad representa la –cuestionable– regulación que el legislador penal ha optado por brindar a los derechos de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual.

### Interés jurídico imperiosamente protegido en la regulación de la instancia privada en delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes: interés superior de la niña y el niño

Hemos puesto en evidencia algunas cuestiones problemáticas en la redacción del vigente artículo 72 CP, principalmente, en torno al escaso reconocimiento del interés superior del/la niño/a (art. 3, CDN) en las distintas alternativas que brinda la norma en lo concerniente a la instancia de la acción penal. Como dijimos, el interés de NNyA queda diluido en otros intereses distintos o bien subordinado a ellos (*v. gr.* intereses de los adultos sobre la intimidad de su familia o puro interés estatal en la persecución penal).

Ante este cuadro sólo podemos decir que nuestro Estado se encuentra obligado a examinar y, en su caso, modificar su legislación para incorporar el artículo 3, CDN en cada situación que comprometa los derechos de NNyA, y debe velar para que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del/la niño/a se recoja y aplique en los procedimientos judiciales como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento.<sup>32</sup>

Eso implica desde ya la obligación del legislador de incorporar expresamente como un requisito de validez de cualquier alternativa al ejercicio de la acción penal –acción penal ejercida de oficio o bien acción penal dependiente de instancia privada– al interés superior del/la niño/a, pues a estas alturas debemos reconocer que el interés involucrado en la investigación o no de un delito contra la integridad

---

32. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 14, sobre el derecho del/la niño/a a que su interés superior sea una consideración primordial, de fecha 29 de mayo de 2013, párr. 15.

sexual es un interés de la víctima, y esa circunstancia no varía cuando esta es NNyA.<sup>33</sup>

Pero esta mera incorporación literal no alcanza a satisfacer las condiciones de validez que impone este concepto previsto en el artículo 3, CDN. Para decirlo de forma directa, no alcanza con disponer expresamente que toda decisión de los padres respecto del inicio de la investigación penal deba ser entendida en el interés superior del/la niño/a. Del mismo modo, no alcanza con presuponer que en todos los casos de abusos cometidos contra NNyA la obligatoria, irrefrenable, indisponible e irrevocable decisión del fiscal de investigar y perseguir penalmente –iniciación de oficio– asume necesariamente el reconocimiento del interés superior de la niña y el niño.

El concepto de interés superior del/la niño/a es complejo, y su contenido debe determinarse *caso por caso*. Es la autoridad competente en cada supuesto quien deberá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante su interpretación y aplicación de acuerdo con las particulares circunstancias del caso.<sup>34</sup> Para esa construcción particular y casuística se deben tener presentes necesariamente todas las pautas necesarias para ello, principalmente, cuando corresponda, la propia voluntad de la víctima NNyA, su opinión, junto con la de sus representantes legales y órganos especializados.

## Conclusión

Llegados a este punto es poco lo que podemos agregar sobre los problemas de todo tipo que evidencia la actual redacción del artículo 72 CP, en términos de reconocimiento y protección de los derechos de NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual.

Pero visto ello, sí cabe remarcar que debemos estar atentos a la hora de pensar una reforma sobre el ejercicio de la acción penal en estos

33. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha señalado que “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Observación General N° 14, *op. cit.*, párr. 4.

34. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, *op. cit.*, párr. 32.

casos, fundamentalmente para que nuestra intención por proteger no provoque una situación jurídica contraria a las exigencias de la CDN.

No desconocemos la gravedad de las cuestiones abarcadas por los casos de abusos sexuales. Pero es esa misma gravedad la que nos debe llamar la atención sobre la forma precisa en la que debemos regular un asunto tan importante como las condiciones de promoción de la persecución penal en casos de víctimas vulnerables; vulnerables ante un hecho aberrante pero también ante las secuelas del proceso penal.

La especial consideración de NNyA como sujetos de derecho privilegiados nos indica que el propósito central en el abordaje integral de su situación de víctimas debe ser la reconstitución de su integridad afectada para que su posición puesta en términos de derechos frente a las decisiones y actuaciones estatales sea jurídicamente relevante. En esa tarea obviamente tienen un rol central de forma independiente, pero al mismo tiempo interconectados el derecho a ser oído de NNyA y el derecho a que su interés sea una consideración primordial (arts. 12 y 3, CDN). Todo ello sin mengua del derecho de NNyA a la protección contra todo tipo de abuso y de las correspondientes y obligatorias actividades estatales de prevención, investigación y castigo de las conductas delictivas implicadas (arts. 19 y 34, CDN).

# Vías (judiciales o administrativas) para hacer efectivo el derecho a ser oída/o de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal y su vínculo con el impulso de la acción penal

Martín Perel\*

## Introducción

Cuando se habla de niñas, niños y adolescentes en relación con el Derecho Penal, debemos tener en claro dos grupos principales:

- a. El que está conformado por quienes se ven acusados por la comisión de un delito (dentro del cual debemos dividir entre quienes pueden ser responsabilizados por ese hecho, en razón de su edad, y quienes no).
- b. El que está compuesto por quienes sufrieron un delito.

Aunque el grupo de NNyA imputadas/os es enormemente inferior que el de quienes sufrieron un hecho delictivo, por lo general las mayores discusiones de la doctrina y de la jurisprudencia apuntan a los casos de jóvenes de entre de 16 y 18 años en conflicto con la ley penal, respecto de los cuales no sólo existen normas de procedimiento específicas, sino también órganos judiciales especializados para abordar esos casos (incluso, en el Poder Judicial de la Nación, los órganos son especiales y exclusivos).

Cuando hablamos de NNyA víctimas, el panorama es diferente; concretamente, me refiero a que no existe un régimen procesal especí-

---

\* Fiscal especializado en violencia de género del fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

fico y consolidado para estos casos, y tampoco contamos con un fuero especial y exclusivo para investigarlos o resolverlos.

Debemos entonces “armar” el cuerpo jurídico aplicable, buscar entre distintas disposiciones legales (de fondo y forma, específicamente penales o de otras áreas del Derecho) cuáles son las herramientas con las que podemos enfrentar la investigación y juzgamiento de estos hechos. Y en esa tarea se encuentra, por supuesto, aquello que tiene que ver con el modo de iniciar las acciones penales.

No es el objetivo de este trabajo entrar en discusiones respecto de cuál es la autoridad estatal que debe establecer el régimen de las acciones. Por ese motivo, voy a centrarme en cuál es el derecho vigente, en el sentido de dar por válido que es el Código Penal que –según nuestra CN– dicta el Poder Legislativo de la Nación, quien debe regular estas cuestiones para todo el territorio del país.

Hay dos perspectivas para considerar respecto del régimen de la acción penal:

- i. cómo se inicia (que es lo que aquí nos importa); y
- ii. cuáles son las causales de extinción.

En cuanto al segundo grupo (causales de extinción de la acción) sólo quiero mencionar que recién en las últimas décadas, en especial con la incorporación (en el año 1994) de la suspensión del proceso a prueba, se comenzó a generar un marco normativo en el que otros intereses –más allá de la imposición de la pena estatal– empezaron a tener algún grado de importancia. Esta tendencia fue profundizada por las provincias a través de su Derecho procesal penal al regularse la mediación o la conciliación, institutos no previstos en el marco del principio de oportunidad reglada en el Código de Fondo. Finalmente, en el año 2015, con la reforma del artículo 59 del CP, el Congreso Nacional –en una suerte de reconocimiento de esta realidad del Derecho procesal penal argentino– terminó por incluir una serie de causales de extinción de la acción (como la conciliación, la reparación integral del perjuicio o el principio de oportunidad) que pretende “cubrir” este nuevo escenario.

Sobre el primer grupo referido al impulso de la acción penal debe tenerse en cuenta que en Argentina, históricamente, el principio de legalidad procesal y oficialidad, que establece que todas las conductas que a primera vista aparenten encuadrar en una figura penal deben ser investigadas por órganos del Estado, los cuales de-

ben perseguir el hecho con miras a obtener una condena, resulta ser la regla de la persecución penal.

En resumen: la regla es la persecución penal pública, que obligatoriamente debe ser iniciada por el órgano titular de la acción.

Pero en este trabajo nos importan las excepciones, más que la regla.

## Sobre la instancia privada y las/os niñas, niños y adolescentes

El artículo 72 del Código Penal establece que ciertos delitos contra la integridad sexual –cuando la agresión no derive en la muerte de la persona afectada, o le provoque lesiones gravísimas– son de instancia privada, como lo son también las lesiones leves y el impedimento de contacto de la persona menor de edad con su padre/madre no conviviente; es decir, que en esos supuestos sólo puede iniciarse una investigación a partir de que la persona afectada solicite que así sea.

A primera vista, podemos afirmar que esa situación responde a que existe un interés estatal en juego (la aplicación de una pena por la comisión de un delito) que se enfrenta a un interés exclusivamente individual: el resguardo de la intimidad de quien sufrió el delito contra su integridad sexual.

En ese sentido, la ley elige respetar la voluntad de quien fue agredido por sobre el interés público de iniciar una investigación con miras a imponer una pena.

Más allá de esta disposición general, dentro de la regulación de los delitos de instancia privada hay puntos que la ley trata como particularidades:

- i. sólo a modo ilustrativo, en el caso puntual de las lesiones leves, el artículo 72, inciso 2, del CP autoriza a que la Fiscalía inicie la investigación sin impulso de la persona afectada, cuando existan razones de seguridad o interés público. Por ejemplo, muchas veces se ha entendido que aquellos casos en los que estas lesiones leves constituyen una manifestación de violencia de género contra la mujer, los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia definen a esos hechos como “caso de interés público”.

- ii. pero con respecto a todo delito de instancia privada que puedan haber sufrido niñas, niños y adolescentes, entre los cuales se encuentran los previstos en los artículos 119, 120 y 130 (que es el tema que nos ocupa), la ley permite que se inicie un proceso:
  - a. por denuncia de la persona menor de edad afectada;
  - b. por denuncia de su tutor, guardador o representantes legales;
  - c. de oficio si la víctima no tiene padres, tutor ni guardador;
  - d. de oficio si el delito lo cometió uno de sus ascendientes (no sólo padres), tutor o guardador;
  - e. de oficio si el delito no fue cometido contra NNyA sin padres, tutores o guardadores, ni fue presuntamente cometido por sus ascendientes, tutores o guardadores pero hay interés “gravemente” contrapuesto entre los padres, tutores, guardadores o representantes legales y la niña, niño o adolescente afectado (por ejemplo: la agresión sexual la cometió un hermano o padrastro). El fiscal debe atender el interés superior del niño al tomar esa decisión.

## Tensiones jurídicas y obligaciones estatales

Antes de continuar tenemos que tener muy presente cuáles son las tensiones existentes en este asunto y cómo esta disposición se vincula con las restantes normas en juego.

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone (art. 19, inc. 1) que los Estados están obligados a adoptar medidas de todo tipo para proteger al/la niño/a contra hechos de maltrato o abuso sexual. Al mismo tiempo aclara que las medidas de protección deberían comprender:

... procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Aquí aparece la primera obligación estatal: la de disponer de asistencia para que se contenga a las víctimas de abuso y a quienes cuidan



de ellas y –según corresponda– se investigue judicialmente los casos, más allá de otras medidas de protección que puedan adoptarse también dentro del Poder Judicial.

Por otro lado, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño protege a NNyA de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Es decir que, en este tipo de delitos, donde el bien jurídico lesionado está fuertemente ligado con la preservación de las esferas más privadas de las personas –cualquiera sea la edad que tengan–, el Estado debe poner el foco (cuando adopta las medidas de protección a las que se refiere el art. 19 de la CDN) en esta complejidad; es decir, debemos investigar, pero en esa labor también debemos proteger la intimidad de las/os NNyA afectadas/os.

Al mismo tiempo, el artículo 12 de la CDN obliga a los Estados parte a darle al niño y la niña oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Tenemos aquí una nueva vinculación: aquellos programas de asistencia que se establezcan para casos de NNyA abusadas/os sexualmente o víctimas de los delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del CP deberán dirigirse a contener a la persona víctima y a quienes cuidan de ella, sin perder de foco la privacidad de NNyA y con particular interés en brindarle un espacio para que pueda expresar sus opiniones respecto a, entre otras cuestiones, si pretende que se investigue y sancione a su agresor en un proceso judicial.

A continuación detallamos algunos escenarios de casos posibles:

- El delito contra la integridad sexual fue cometido por un ascendiente, tutor o guardador de NNyA. En estos supuestos, según la ley actual, el Estado debe impulsar la acción de oficio.
- El delito fue cometido por una persona que no es ni sus ascendientes, ni sus tutores, guardadores o representantes legales. En este caso, se exige el impulso privado de la acción (salvo que directamente no lo tenga).
- Existe un grave interés contrapuesto entre la víctima y sus representantes legales (padres, tutores, guardadores). Aquí se permite el impulso por parte del Estado (no obliga), pero

siempre que ese sea el camino que en mayor medida resguarde el interés superior de las/os NNyA afectadas/os.

## Vías de operatividad de los derechos de la infancia

Vimos en la reseña anterior la complejidad, los matices y las combinaciones de respuestas legales que pueden existir. Aunque, por supuesto, si hablamos de matices o combinaciones podemos encontrar una infinidad.

La pregunta, entonces, es: ¿cómo el niño, niña o adolescente afectado/a puede hacer valer su derecho a ser escuchado/a y que su opinión sea tenida en cuenta, sea para impulsar el proceso o no hacerlo?

Esto, independientemente de que la ley actual –como dije anteriormente– establezca varios supuestos de impulso de oficio de la investigación penal.

Y la respuesta a esta incógnita no debe perder de vista que la Fiscalía/Juzgado de Instrucción que tramita un caso de violencia sexual contra NNyA es la misma que aborda la investigación de esos hechos cuando los sufre un adulto.

Por esa razón, es fundamental echar mano a la intervención de los órganos administrativos y/o del Ministerio Público que componen el sistema integral de protección de derechos de NNyA.

El artículo 32 de la Ley N° 26061 expresa:

CONFORMACIÓN. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

Por su lado, el artículo 42 de la misma ley dispone:

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL. NIVELES. El sistema de protección integral se conforma por los siguientes niveles:

- a) NACIONAL: Es el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional;
- b) FEDERAL: Es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina;
- c) PROVINCIAL: Es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía determinará cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes

Esto se traduce, en el ámbito *administrativo* de la Ciudad de Buenos Aires, en el Consejo del NNYA que menciona el artículo 39 de la Constitución local y, puntualmente, la Ley N° 114.

¿Cuál es, por otro lado, el eje judicial en este tema?

El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26) señala que la persona menor de edad actúa por sí o por representante, y el artículo 103 indica que el Ministerio Público complementa la actividad de la persona menor de edad en los procesos en los que se encuentran involucrados sus intereses y actúa como representante principal cuando están comprometidos sus derechos y sus representantes no actúan, o el objeto del proceso es justamente exigirles a aquellos que lo hagan o cuando no tienen representantes.

Es en esa misma línea en la que trabajan las leyes orgánicas de los Ministerios Públicos, tanto la nacional como la de la Ciudad.

Por lo tanto, repasemos el panorama.

En rigor, cuando hablamos de NNYA víctimas de los delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del CP, hay dos supuestos donde se obliga a la Fiscalía a actuar de oficio:

- Si la víctima no tiene padres, tutor ni guardador.
- Si el delito lo cometió uno de sus ascendientes (no sólo padres), tutor o guardador.

Existe otro supuesto *mixto*, donde se podrá iniciar o no de oficio una causa, atendiendo al interés superior de la niña y el niño:

- Si el delito no fue cometido contra un NNYA sin padres, tutores o guardadores y tampoco fue presuntamente cometido por sus ascendientes, tutores o guardadores, pero hay interés

“gravemente” contrapuesto entre los padres, tutores, guardadores o representantes legales y la niña, niño o adolescente afectado (por ejemplo, la agresión sexual la cometió un hermano o padrastro). El fiscal debe atender el interés superior del niño al tomar esa decisión.

Y existe otro grupo de casos:

- El delito fue cometido contra NNyA que tiene padres, tutores o guardadores por una persona ajena a este grupo o sus restantes ascendientes y no existe un interés *gravemente contrapuesto* entre la persona afectada y sus representantes (por ejemplo, un abuso cometido por una persona desconocida para el/la niño/a y todos sus círculos cercanos y donde hay coincidencia entre la voluntad de la víctima y de sus representantes respecto a denunciar judicialmente o no el hecho).

En estos ejemplos, el Código Penal sólo permite el impulso de la acción:

- Por denuncia de la persona menor de edad afectada.
- Por denuncia de su tutor, guardador o representante legal.

La pregunta es: ¿qué papel concreto juegan los organismos especializados –administrativos (Consejo de NNyA) o del Ministerio Público– cuando NNyA son víctimas de los delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal?

Entiendo, para dejar claro el punto, que cuando se trata de NNyA víctimas de los delitos que estamos analizando, esas entidades estatales son el “órgano apropiado” que debe garantizar (en una primera instancia) el derecho a ser oído del que habla el artículo 12 de la CDN.

Esta conclusión surge directamente de varias fuentes normativas.

El artículo 9 de la Ley de Protección Integral N° 26061 establece que:

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Esto nos lleva a lo dispuesto en la Ley N° 114 de la Ciudad de Buenos Aires:

Art. 39 - Comunicación. Toda persona que tomare conocimiento de la existencia de abuso físico, psíquico, sexual, trato negligente, malos tra-

tos o explotación de niñas, niños y adolescentes debe comunicarlo inmediatamente a los organismos competentes y a las defensorías zonales creadas por la presente ley. Si fuere funcionario su incumplimiento lo hará pasible de sanción.

El mandato legal, por lo tanto, es fuerte (y en mi opinión correcto): toda persona debe poner en conocimiento del Estado una situación de abuso sexual de NNyA.

Y debe hacerlo ante el organismo especializado, que deberá:

- brindar contención a la víctima (eventualmente a su familia),
- activar la intervención judicial para restaurar derechos afectados, y también –y aquí entra el campo penal–,
- para eventualmente iniciar una causa penal.

Pero esto abre una nueva pregunta: ¿deberían realizar siempre e inmediatamente la denuncia penal? ¿O acaso deberían articular su intervención con el Ministerio Público para que la dependencia o rama especializada en NNyA del MP decida si –en representación de la víctima– realiza la denuncia o si considera que, dadas las características del hecho y de la persona afectada, es mejor no hacerlo, al menos por el momento?

Para responder esas preguntas debemos tomar en cuenta que la ley no permitirá a la Fiscalía hacer otra cosa que dar impulso a la investigación del hecho siempre que reciba una denuncia en representación de NNyA.

¿Existe entonces un margen para que estos organismos, atendiendo al interés superior del/la niño/a –que por supuesto debe incluir el respeto por su derecho a ser escuchado sobre su voluntad o no de transitar un proceso judicial en ese momento de su vida–, no pongan en conocimiento del órgano titular de la acción la noticia de este hecho?

Me inclino a pensar que sí, dados los especiales derechos en juego y sin perder de vista que los artículos 81 del CPPCABA y 177 del CPPN establecen una obligación general de denunciar que pesa sobre los funcionarios públicos que tomen conocimiento de hechos delictivos –y un abuso sexual claramente lo sería– en ejercicio de su actividad. En estos casos, por la lectura integral de las normas constitucionales y convencionales en juego sobre niñez, considero que prima el derecho a la intimidad de la niña y el niño por sobre el deber de los funcionarios –aplicado irrestrictamente– de denunciar los delitos que les sean

informados durante su jornada laboral. En pocas palabras, la sensata regla general que impone la denuncia debe ceder en este tipo de casos por las particularidades que presentan (las que, por otro lado, también abarcan aquellos hechos en los que la víctima es mayor de dieciocho años).

El artículo 39 dispone que toda persona debe poner en conocimiento de la autoridad competente y del Consejo del NNYA el abuso. No obstante, no establece que el Consejo deba informar de esta situación al Poder Judicial o al Ministerio Público.

Paralelamente, el artículo 41 de la misma Ley N° 114 refiere sobre la intervención judicial y establece que aquella podrá ser requerida por el Consejo de NNYA, y no que deberá serlo.

Por supuesto que, cuando hablamos de delitos contra la integridad sexual, nos referimos a gran parte de las conductas más aberrantes que puede sufrir una persona. Y, además, los efectos que este tipo de hechos tienen sobre NNYA víctimas son devastadores.

A partir de esa lectura, no se encuentran grandes cuestionamientos a que sean justamente ese tipo de hechos los que merezcan una condena penal.

Sin embargo, no debemos olvidar que justamente por las enormes secuelas que estos delitos provocan en sus víctimas, y el inevitable tratamiento durante el proceso de cuestiones absolutamente íntimas, es menester caminar con suma prudencia en cuanto al tratamiento de las víctimas.

Las respuestas automáticas, del estilo de aquellas que proponen que “siempre” y “en todos los casos” apenas el Estado tome conocimiento de este tipo de hechos cometidos contra NNYA debe iniciar obligadamente acciones penales, saltan los derechos especiales en tensión.

Por ese motivo, es importante ir en otra dirección y tomar en cuenta que, al ventilarse esos casos en Juzgados/Fiscalías que no están especializadas en derechos de NNYA, es central la participación de los organismos administrativos como el Consejo de NNYA o judiciales especializados, como la Asesoría Tutelar o las Defensorías de Menores; estos –insisto– son los órganos adecuados para garantizar (en el comienzo de la intervención estatal) el derecho a ser oídos de este grupo de víctimas del que nos habla el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dichos organismos especializados deben cumplir un papel fundamental: no sólo para brindar acompañamiento y contención a las víctimas y su familia, sino también para –luego de analizar todas las complejidades que presentan estos casos, con particular énfasis en las normas especiales de NNyA– decidir efectuar la denuncia en representación de NNyA o acercar a la Fiscalía fundamentos jurídicos y fácticos que la ilustren para que adopte la medida más adecuada.

## Conclusión

En mi opinión, en estos casos, un buen camino a explorar en una reforma legislativa es –entonces– el de establecer que, cuando se tome conocimiento de la existencia de hechos como los aquí tratados, se dé inmediata intervención a los organismos especializados, pero no sólo para restablecer los derechos lesionados o mitigar los terribles efectos del delito.

Así, dependiendo del caso del que hablemos, la intervención del órgano administrativo o judicial del que se trate tendrá como uno de sus fines el de escuchar a la víctima y acompañarla –muchas veces junto con su familia– en el proceso de decidir si quiere o no impulsar la acción penal o –eventualmente– decidir accionarla en su nombre.

La participación de los organismos especializados en estos casos tiende así a desplazar a la Fiscalía (titular de la acción) al menos a unos metros del centro de la escena, dando paso a un nuevo mecanismo, donde el interés superior de la niña y el niño juegue un papel destacado.





# La acción penal en los abusos sexuales de menores: tensiones, reglas y excepciones

Juan Esteban Cicciaro\*

Este trabajo se sustenta sobre tres perspectivas: la evolución de los derechos de la víctima; la formulación de la instancia de la acción desde la legislación actual; y las tensiones que se verifican para el caso de que los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niñas, niños y adolescentes respondan a la acción pública, en función de los intereses de los menores.

## La evolución de los derechos de la víctima

El tratamiento de los derechos de la víctima en el proceso penal ha sido explosivo en los últimos años, pues se ha verificado un progresivo reconocimiento de tales derechos. Lo vinculado al imputado, por el contrario, se aprecia como más pendular, porque oscila en la tensión entre la eficacia del proceso penal y las garantías reconocidas a quien es sometido a proceso.

Cabe recordar que en el proyecto “Levene”, que dio origen al Código Procesal Penal de la Nación actualmente vigente, no se incluía a la institución del querellante, que sólo tuvo acogida por sugerencia de los colegios de abogados y receptividad en el trámite legislativo. En el viejo proceso de características más inquisitivas la institución de la víctima era poco menos que un “convidado de piedra”.

Así, el llamado “sistema mixto” en el ámbito nacional abrió camino a un rol más activo de la víctima.

Justamente, la consolidación de los derechos de la víctima se relaciona con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos

---

\* Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

humanos, y con la tendencia cada vez más predominante a los sistemas acusatorios o adversariales.

Particular reconocimiento han recibido no sólo la víctima individual o aquellas de carácter colectivo, sino los vulnerables, entre ellos las/os niñas, niños y adolescentes, en especial en los delitos contra su integridad sexual, según lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “VRP c/Nicaragua”, del 8 de marzo de 2018.

Por eso se dice que, en la actualidad, la víctima debería encontrarse en igualdad de derechos con los imputados.

Esa participación de la víctima en el proceso se relaciona también con el control del acusador público y del órgano jurisdiccional. En tal sentido, se ha reconocido su actuación autónoma, pues podrían no coincidir las posturas del Ministerio Público Fiscal y la querrela. Por eso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abierto el camino en tal dirección, para que la víctima constituida en querellante obtenga un pronunciamiento útil relativo a sus derechos (por ejemplo, ver el caso “Santillán”).

Aquí se inscriben los conceptos de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia, para exponer la verdad de lo ocurrido y sancionar a los responsables.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado el derecho de acceso a la justicia como uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática. De ahí la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar ese derecho, entre ellas la de establecer un marco normativo adecuado y remover cualquier obstáculo legal o material, particularmente, en beneficio de la población más vulnerable.

Por eso, las víctimas deben contar con amplias facultades de ser oídas y de actuar en sus respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables como en busca de una debida reparación.<sup>1</sup>

En este marco se inscribe el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con

---

1. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos “Castillo Páez vs. Perú” y “Fernández Ortega vs. México”.

discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas de 2014.

Hay una línea jurisprudencial internacional según la cual deben iniciarse de oficio las investigaciones en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, esa es la visión de la Corte Constitucional de Colombia.

Adentrándonos en la temática que nos ocupa, según estimaciones del Ministerio Público Fiscal (Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación), de cada mil abusos sexuales que se cometen sólo cien se denuncian y uno llega a una condena. Según esas cifras, entonces, sólo el 10% se denuncia. Se estima que el 80% de los abusos se comenten dentro del hogar.

Según la Organización Mundial de la Salud, los abusos se dan en una de cada cinco niñas y en uno de cada trece niños, pero sólo el 30% rompe el silencio y pide ayuda, a partir de lo estimado por la UNICEF. En ese 70% restante hay que prestar atención a su carácter, sus conductas sexuales, su salud, sus dibujos, entre otros parámetros.

Es oportuno recordar un caso de la Sala VII de la Cámara del Crimen, que hemos integrado, en el que una prueba dirimente consistió en verificar cómo lucían alteradas las escrituras en los cuadernos de varias niñas luego de los abusos, es decir, que se identificaba un patrón común.

Aun así, quienes detectan esos indicios muchas veces los pasan por alto por falta de capacitación específica o porque temen quedar involucrados.

Sólo el 10% de las denuncias de abuso se originaron en el sistema educativo y el 6% en el sector de la salud.

Según datos del Ministerio Público Fiscal, la mitad de las denuncias se archivan por falta de pruebas. Llega al 60% si los niños tienen menos de cinco años.

Muchas veces la condena llega cuando las/os niñas/os se convierten en adultos, en función del tiempo transcurrido.

Otro factor que incide en este marco es la pretensión de “retirar” la denuncia, extremo que se ve a menudo en las denuncias de violencia doméstica: muchas veces al tiempo de la declaración indagatoria, las defensas acompañan escritos con la firma de la mujer abusada dando una versión distinta a la original.

Ello sentado, es necesario repasar nuestro ordenamiento jurídico en orden a que cualquier propuesta legislativa que sobre el tópico se formule resulte armónica.

En nuestro medio, ya la Ley N° 27206 dio alguna señal al reformar el artículo 67 del Código Penal:

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine– y 130 –párrafos segundo y tercero–, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Otra norma a tener en cuenta sobre el tema que nos convoca es la Ley N° 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos. Se trata de una ley de orden público (art. 1), que define a la “víctima” como la persona ofendida directamente por el delito (art. 2).

El objeto de la ley es garantizar sus derechos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos lo demás derechos consagrados en la Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Se prevé también que las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles (art. 4, inc. c), y presume que hay situación de vulnerabilidad en los casos de menores (art. 6).

La ley también presume la existencia de peligro si se tratare de víctimas contra la integridad sexual (art. 8, inc. b), y establece que es deber de la autoridad asesorarla sobre los derechos que le asisten y de los medios con que cuente para hacerlos valer (art. 7).

La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro (art. 8). Justamente, aquí cabe preguntarse sobre la existencia del peligro de reiteración de nuevos hechos en perjuicio de una persona menor de edad de abuso sexual cuando la acción no es instada.

En lo que respecta a la víctima, esta tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar (art. 11), y se reconoce el derecho a ser informada sobre los resultados del acto procesal en que ha participado (art.

79, inc. d, Código Procesal Penal de la Nación) y sobre sus derechos cuando formule la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento (art. 80, inc. a). El artículo 37 de la ley invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a readecuar su legislación procesal. Asimismo, la ley crea la figura del Defensor Público de Víctimas (art. 29).

Cabe señalar que en una visión protectora, según el artículo 65 del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, se establece que

En todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual en el que sea víctima un niño, niña o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, en carácter de querellante. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente se presente en el carácter de querellante particular.

Este modo de legislar de la provincia del Neuquén demuestra que los intereses de las/os niñas, niños y adolescentes no necesariamente se identifican con los de sus representantes legales.

Una particular situación se da en el sistema procesal nacional y federal, porque no se cuenta con esa norma y la representación de la/el niña/o surge de la interpretación de otras normas (Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 26061 y las normas del Código Civil y Comercial), de modo que la *praxis* ha llevado a convocar en las audiencias orales que se celebran en la Cámara del Crimen, en los delitos contra la integridad sexual, a los defensores oficiales de menores que actúan “por la/el niña/o”.

Es que, como se dijo, en más de una oportunidad se ha visto que los intereses de la/el niña/o, en casos de abusos, no se correspondían con los intereses de la querrela (uno de los padres a título de representante legal).

Veremos ahora cómo la madre o el padre canalizan esto desde la perspectiva del ejercicio de la acción penal.

## La instancia de la acción

En el marco de la potestad punitiva del Estado y su modo de ejercerla, en razón de los principios de legalidad y oficialidad, todas las acciones penales se ejercen de oficio (art. 71 del Código Penal). Constitu-

yen excepciones a ellos las acciones dependientes de instancia privada (art. 72) y acciones privadas (art. 73).

El abuso sexual simple, el grave, el perpetrado con penetración (violación), el estupro (abuso por aprovechamiento de la inmadurez de la víctima) y el rapto son acciones dependientes de instancia privada.

Son de instancia privada porque el Estado sólo puede ejercer su potestad punitiva cuando exista una previa denuncia de quien resultó ofendido/a por el delito o de sus representantes legales.

La acción dependiente de instancia privada, en verdad, participa de las características del principio general, es decir, que es pública, oficiosa e irrevocable, aunque la ley la condiciona a la instancia privada o a la promoción voluntaria del fiscal.

Las razones de esa condición son de estricta política criminal, pues se considera más conveniente estar a la decisión que pueda formular el ofendido aun frente al interés del Estado en torno a la persecución y represión de tales delitos.

Justamente por razones de política criminal el legislador podría establecer que determinados delitos sólo sean investigados si el ofendido muestra interés en ello.

Hoy se ha establecido, además de las figuras de contenido sexual, en los casos de lesiones leves, dolosas o culposas, y de impedimento de contacto de hijas/os menores de edad con sus padres/madres no convivientes.

El Anteproyecto de Código Penal del 2013 ha agregado otras situaciones, precisamente por razones de política criminal (hurtos, daños, estafas, amenazas, entre otras). Se trata de delitos de menor envergadura punitiva.

Según la doctrina dominante, tres caracteres distinguen a la acción dependiente de instancia privada: a) la libertad que debe presidir la decisión de instar, por la víctima o sus representantes legales; b) la fugacidad del acto, pues se agota simultáneamente con su ejercicio, de modo que una vez promovida la instancia la persona ofendida carece de todo poder para modificar lo hecho, ello es, que es irrevocable; c) que es indispensable para la formación de la causa.

Se ha discutido si la necesidad de instar la acción es una condición de procedibilidad, que tiene un contenido procesal, pues su omisión no trae aparejada la absolución sino la nulidad del proceso, o una con-

dición de punibilidad del delito, que tiene contenido sustancial, cuya ausencia provoca el efecto de impedir la formación de la causa.

Zaffaroni sostiene que la instancia privada no puede limitarse a un único acto formal e irrevocable, y debe interpretarse con mayor flexibilidad, para adaptarla a las particularidades de cada caso: recurre a la locución “dependiente”, ello es, que la acción avance hasta donde siga siendo instada.

También sostiene que tiene derecho a desistir el incapaz de hecho o de derecho que dejó de serlo, por haber contraído matrimonio o cumplido la mayoría de edad, durante el trámite del proceso y antes de la sentencia definitiva, luego de que la acción fuera instada por su representante legal. Imagínese el caso de la instancia concretada cuando una joven tenía diecisiete años y once meses y a los dos meses desiste.

Binder critica el sinsentido de concederle a la víctima de una violación la posibilidad de instar en los primeros momentos, cuando podría estar sometida a un trauma, y luego despojarla de ese poder cuando ha podido reflexionar con mayor tranquilidad si el proceso penal es el modo más adecuado de proteger sus intereses.

Si se transgrede el principio la defensa está facultada para promover la nulidad de lo actuado, lo que implica el archivo de las actuaciones. Sin embargo, la víctima puede promover la instancia con posterioridad. El límite temporal lo constituirá, entonces, la prescripción de la acción penal. Esto es más frecuente en los delitos de lesiones en hechos de tránsito vehicular, en los que la víctima insta la acción ulteriormente, en muchos casos si no ha llegado a un acuerdo económico en orden a los daños y perjuicios de carácter civil.

Originariamente, el único fundamento que sostuvo la condición de la instancia privada fue el de evitar el daño adicional del *strepitus fori* que sufre cualquier víctima de un delito de contenido sexual en un proceso penal, porque la expone públicamente y ello puede aumentar su humillación, de modo que la ley le concede, en la etapa liminar del proceso, la decisión de mantener oculto el hecho.

Para otros autores, el fundamento radica en la necesidad de moderar la arbitraria confiscación de los conflictos –que es parte esencial del poder punitivo– en procura de que la acción dependa de la víctima, para evitar lo que se denomina la doble victimización: primaria en función del hecho sufrido, y secundaria en razón de las contingencias del proceso.

En muchos casos de la praxis aparecen en las actas que las víctimas se reservan la posibilidad de instar la acción penal.

El problema es que en ciertas oportunidades no se dice nada o no se le preguntó nada, y entonces se abren dos posiciones: una que sostiene que si no se dice nada no hay instancia, y la otra aprecia qué actos consecuentes a la denuncia se desarrollaron (ejemplo: informe médico en las lesiones o abusos u otra medida de la que haya participado la víctima) para inferir que efectivamente se ha instado, aunque ello no haya sido expreso.

La previsión legal contempla excepciones específicas por las cuales el Estado se reserva la potestad de promover la acción de oficio. Ellas se dan cuando resultare la muerte de la persona ofendida o sufriera lesiones gravísimas a consecuencia de las agresiones sexuales, lo que incluye las lesiones dolosas como culposas, a partir de la locución *resultare*.

Hay excepciones genéricas, lo que ocurre cuando la víctima es una persona menor de edad que no tiene padres/madres, tutores ni guardadores; cuando alguno de estos últimos fuera el supuesto autor; o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre ellos y la persona menor de edad y la actividad oficiosa resultare más conveniente para el interés superior de la/el menor, lo que ocurrirá en la práctica casi siempre.

Lo criticable es que la ley actual en estos casos no obligue a actuar al fiscal sino que lo faculte (establece que: “podrá actuar de oficio”), porque de otro modo podría quedar librado el inicio del proceso a una suerte de principio de oportunidad o parecer subjetivo del fiscal. La crítica doctrinal es que debería obligar al fiscal más que constituir una mera posibilidad.

En el Anteproyecto de Código Penal de 2013 son acciones públicas dependientes de instancia privada, entre otros delitos, la violación y los abusos sexuales; la causa se forma con la denuncia de la persona directamente ofendida o sus representantes legales y las personas menores de edad pueden formularla desde los 16 años; el/la fiscal procede de oficio cuando el hecho se cometiere contra una persona menor de 16 años o un incapaz que no tuviere representantes legales, o si lo hubiere realizado uno de estos; si existieren intereses contrapuestos entre alguno de los representantes y la persona menor o incapaz, el/la fiscal deberá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés de



estos; cuando cesare la incapacidad o la persona menor cumpliera los 16 años podrá desistir de la acción promovida por su representante, o en su caso, por el/la fiscal. En estos supuestos se ve el influjo de la opinión de Zaffaroni.

Volviendo a la situación de los abusos sexuales, estupro y rapto, el/la “agraviado/a” a que alude la ley es el ofendido/a directamente por el delito, ello es, el titular del bien jurídicamente amparado por la ley penal.

Cuando el “agraviado/a” carece de capacidad, el acto de la instancia es concretado por quienes son sus “representantes legales”: quien ejerce la patria potestad (padres/madres), tutores, curadores o guardadores (de derecho o de hecho).

La formación de la causa tiene lugar por denuncia o “acusación”. La acusación debe interpretarse como una querrela. Cabe aclarar que no es necesario constituirse en querellante para que la acción sea instada: puede instar la víctima o su representante legal como mero denunciante.

Sin embargo, se ha entendido que la mera exposición de los hechos no configura una instancia, aunque en realidad toda denuncia es una exposición de un hecho. Podría llamarse entonces exposición a dejar sólo constancia de lo ocurrido, lo que da fecha cierta, con la reserva de ejercer ulteriormente la instancia.

En resumen, se puede denunciar (o exponer los hechos) sin instar; denunciar instando la acción; y querellar, que supone necesariamente instar.

El acto de instar, en rigor, no constituye el ejercicio o puesta en marcha de la acción, sino la remoción del obstáculo para que dicha acción pueda ejercitarse.

Sin embargo, en el sistema actual, una vez producida tal remoción el ejercicio de esta acción estatal es definitivo e irrevocable, pues una cosa es ser titular de la instancia y otra es ser titular de la acción (el Estado mediante la intervención del Ministerio Público Fiscal).

Desde la perspectiva subjetiva, con arreglo a la doctrina imperante, producida la instancia se verifica el principio de indivisibilidad, de modo que la acción se pone en marcha y abarca a todos/as los/las partícipes del hecho, pues el/la titular del acto de la instancia no puede limitarla a uno/a o alguno/a de los partícipes, a diferencia de lo que ocurre con la acción privada.

La cuestión es discutible cuando se trata de un concurso ideal de delitos (un hecho cae bajo dos figuras legales): uno de acción pública y otro dependiente de instancia privada. Un abuso sexual podría concurrir idealmente con la corrupción de menores, que es un delito de acción pública. Mayoritariamente, se entiende que no puede prosperar la acción pública pues de otro modo se vulnerarían los derechos de la víctima.

En materia de abusos sexuales, no son pocos los casos en que el develamiento o la instancia de la acción se produce mucho después de la época de comisión de los hechos.

Por ello, el legislador ha reformado el artículo 67 del CP con la suspensión de la prescripción, como antes se mencionó.

## Tensiones

Presentado este panorama, sin embargo, la cuestión suscita ciertas tensiones, donde ya no se verifica una puja entre la víctima y el imputado/a, sino que adquiere protagonismo el Estado, si se pretende que se subrogue en los derechos de la víctima. En el lenguaje de cierta doctrina, viable es preguntarse si es correcto que el Estado le “confisque el conflicto”.

Muchos autores/as han destacado las constantes reformas a que fue sometida la norma del artículo 72 del CP, lo que demuestra las tensiones en esta cuestión.

Se dice que el poder punitivo no puede afectar a la persona cuyos bienes jurídicos fueron vulnerados, invocando consideraciones abstractas o intereses que no son los de la propia víctima. Ello toda vez que, en rigor, la prerrogativa de instar ha sido consagrada en favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado; de ahí la importancia de que la autoridad policial o judicial informe debidamente a quien pueda promoverla, como surge de la ley de víctimas.

La instancia privada inicial, que importa un límite a la potestad represiva estatal, tiende a proteger la intimidad, la dignidad personal, el decoro y la salud psicofísica de la víctima. Se intenta evitar la revictimización ocasionada por el proceso que a la postre puede redundar en un daño mayor causado por el delito.

En los fundamentos del proyecto, luego sancionado en la Cámara de Diputados, se establecía que en los casos en que las víctimas sean niñas y niños menores de 18 años “pareciera inadecuado el no involucramiento del Estado frente a la posibilidad de que los responsables o cuidadores/as de ellas o ellos no accionen penalmente”.

La discusión reside, mayormente, en aquellos casos que se verifican fuera de los vínculos familiares (sólo por hipótesis y en orden a una mejor visualización, piénsese en los abusos cometidos en el colegio o por un/a vecino/a), porque los casos intrafamiliares en general estarían cubiertos por las excepciones que hoy trae la ley. Ahí podría existir una tensión entre la necesidad de investigar hechos que se consideran graves y la necesaria exposición que puede redundar en una doble victimización y el *strepitus fori* que el caso puede provocar.

Esa tensión también se ve reflejada en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que por un lado ninguna/ningún niña/o será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16.1) y los Estados deben adoptar todas las medidas encaminadas a proteger a la/el niña/o contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (art. 19.1), y a su vez se garantiza a la/el niña/o que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan a la/el niña/o, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 12), aunque todo debe ser ponderado según su interés superior (art. 3).

La Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como reglamentación de la Convención, nos trae herramientas en el contexto de esta tensión.

Según tal normativa, los derechos y garantías previstos en esta ley son de orden público (art. 2). Se alude expresamente a la necesidad de mantener el equilibrio entre derechos y garantías de las/los niñas/os y las exigencias del bien común (art. 3, inciso e). Sobre esto, hay una rica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la necesidad de armonizar los derechos constitucionales.

El problema es que podría surgir un conflicto entre las exigencias del bien común, patentizadas en la necesidad de perseguir los delitos, por un lado, y los intereses de la víctima, ello es, su propia dignidad, por el otro.

Esta tensión se da en general en los temas penales, pues es dable armonizar los principios materiales de dignidad de la persona, por un lado, y de bien común político, por el otro. En cualquier pedido de excarcelación se puede ver esto, porque por un lado se yergue la posición del imputado (principio de dignidad) y por el otro la necesidad de perseguir los delitos (principio de bien común).

Sin embargo, en nuestro caso en estudio, cuando se verifique un conflicto entre tales derechos y otro también legítimo, prevalecerá el de los/las niños/as, según lo establecido por la Ley N° 26061. Esto debería ser tenido en cuenta por el legislador cuando se trata de pensar en reformar el artículo 72 del Código Penal.

Además, en el diseño de políticas públicas se debe tener en cuenta el rol de la familia en la efectivización de los derechos (art. 4, inc. a), y la familia es responsable de asegurar el disfrute de los derechos (art. 7).

Por un lado, es indiscutible el derecho a la integridad sexual de las/os niñas/os (art. 9). Pero a su vez el derecho a la vida privada e intimidad en la familia no puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales (art. 10).

A su vez, se concibe el derecho a la protección de su dignidad, reputación y propia imagen (art. 22).

En el marco del derecho a la libertad, los/las niños/as tienen el derecho de expresar su opinión en el ámbito familiar (art. 19, inc. b). Tienen el derecho a que sus opiniones se tengan en cuenta y a ser oídos, conforme a su madurez y desarrollo (art. 24). Esos mismos derechos, a que su opinión sea tenida en cuenta y a ser oído, tienen lugar en todo procedimiento judicial o administrativo (art. 27).

Se aplican prioritariamente aquellas medidas de protección que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a los/las niños/as (art. 35).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Ramírez Escobar y otros c/Guatemala”, sostuvo que no es posible una aplicación correcta del interés superior del/la niño/a sin respetar su derecho a ser oído, el cual abarca el derecho de cada niño/a de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. De otro modo, no se lo estaría considerando como sujeto de derecho.

Cabe traer aquí, aunque análogamente, un pronunciamiento de la Sala V de la Cámara del Crimen (causa N° 3683/17, “G.R., J.”, del 12/04/2018). Salvando las distancias, aunque es uno de los supuestos del artículo 72 del Código Penal, en un caso donde una mujer mayor de edad y capaz denunció que había sufrido lesiones y que al preguntársele si quería instar la acción penal dijo que “no, que sólo quiere dejar constancia de lo ocurrido”, el Tribunal reconoció una tensión entre la autodeterminación reconocida a la víctima por el artículo 72 y las normas internacionales para prevenir toda forma de violencia y discriminación contra la mujer.

Allí se dijo que la libertad de elección de la víctima debía prevalecer en función de su autonomía personal como expresión del respeto a su intimidad, y se citaron instrumentos internacionales de derechos humanos donde se reconoce la protección de la honra y la dignidad, además de que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia. Asimismo, se estableció que la autodeterminación personal constituye un derecho humano básico que el Estado de derecho reconoce a cada individuo.

Vale apuntar que en la tensión que aquí reconocemos no hay afectación de terceros cuando se trata de un abuso sexual en perjuicio de una persona menor de edad, sino en todo caso la pretensión del Estado de involucrarse sin excepciones, conforme a la reforma legislativa en ciernes.

Podría formularse un parangón con el pronunciamiento judicial citado, porque la necesidad de evitar injerencias arbitrarias en la familia podría llevar a pensar que los padres de una persona menor de 18 años pueden oponer tal protección frente al interés estatal de persecución penal.

Es preciso recordar que la protección de la intimidad y de la privacidad tiene basamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional. También es cierto que el reconocimiento de la personalidad jurídica propia de la/el niña/o hace que no se la identifique necesariamente con la de sus padres/madres (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño); de ahí el reconocimiento de los derechos sustantivos y procesales de la/el niña/o en cualquier circunstancia.

A su vez, cabe evocar aquí, también, la idea de capacidad progresiva de los adolescentes: artículos 25, 26, 100, 101 y 109 del Código Civil

y Comercial: entre los 13 y 18 años es adolescente; tiene derecho a ser oído/a en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona; entre los 13 y 16 tiene aptitud para decidir sobre determinados tratamientos; y desde los 16 es considerado/a un/a adulto/a para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Por eso vemos discutible que, según la media sanción de reforma del artículo 72 del Código Penal, se deba proceder de oficio en los casos de los artículos 119, 120 y 130 del citado cuerpo legal cuando la víctima fuere una persona menor de 18 años o haya sido declarada incapaz, pues todo abuso contra una persona menor de 18 años se convierte en delito de acción pública (incluso aquellos casos extrafamiliares: el/la vecino/a o maestro/a, en los ejemplos citados); conclusión que podría no resultar consonante con el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes, según los propios postulados convencionales y legales.

Debe traerse nuevamente un supuesto análogo, en orden a que se vea cómo ha operado el sistema jurídico en nuestro medio. En el caso “S, V. c/M., D. A.”, del 3 de abril de 2012, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se mostraban en tensión los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad de una persona menor de 18 años.<sup>2</sup> Allí se reconoció que el derecho a la intimidad está contemplado en términos generales en el artículo 19 de la Constitución Nacional y encuentra un ámbito de protección inequívoco en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3 y 16) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), y que correspondía a la Corte armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa con la tutela del derecho de las personas menores de edad a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el artículo 16, inciso 1 de la citada Convención, es suficientemente explícito al respecto.

La mayoría que integró la Corte dijo que la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio en trámite reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña.

---

2. Fallos CSJN: 324:975.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso antes citado “VRP c/Nicaragua”, sostuvo que el sistema de justicia relativo a las/los niñas/os debe ser accesible y adaptado a cada una/o de ellas/os, y debe tomar en consideración no sólo el principio del interés superior sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión.

La Corte ratificó, por lo demás, el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso.

## Conclusión

A modo de conclusión, puede decirse que el reconocimiento de los derechos de las víctimas, y en particular de las/os niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos y a la vez vulnerables, en especial ante casos de abuso sexual, ha tenido una satisfactoria evolución desde la perspectiva convencional y legal.

Sin embargo, la asunción del conflicto por el Estado en todos los casos de personas menores de 18 años, mediante el ejercicio de la acción pública –a partir de una reforma del régimen actual–, puede concitar tensiones en este aspecto, puesto que en determinadas situaciones ello podría no consultar el interés superior de la persona menor de edad, a partir del derecho a ser oído/a y al rol que, según la propia Ley N° 26061, cumple la familia, cuando sus integrantes no se encuentran involucrados en el hecho.





# Participación procesal de niñas, niños y adolescentes a la luz del principio de capacidad progresiva: incidencia en los procesos penales sobre delitos contra la integridad sexual

María Victoria Famá\*

## Introito: sobre la capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes

Mi intervención tiene el propósito de abordar –mayormente desde la perspectiva del derecho de familia, que es mi especialidad– el tema particular de la participación procesal de niñas, niños y adolescentes a la luz del principio de autonomía o capacidad progresiva.

Todos sabemos que uno de los ejes fundantes del modelo de la protección integral de derechos que inaugura la Convención sobre los Derechos del Niño es el principio de capacidad o autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes para el ejercicio de sus derechos, en función de su desarrollo y madurez. Este derecho a la autodeterminación, que surge en esencia del artículo 5 de la Convención, obliga, por un lado, a dejar atrás la categorización binaria de capacidad vs. incapacidad y, por el otro, a resignificar la tradicional función de representación universal, legal y necesaria de los progenitores en el ejercicio de los derechos de sus hijos.

La regla de la capacidad progresiva reposa sobre la base de lo que la española González Contró ha dado en llamar una relación triádica interactiva que se encuentra en permanente tensión entre la/el niña/o, el Estado y la familia. Y es que, al partir de la premisa de que las/los niñas/os son personas vulnerables, uno de los principales desafíos del

---

\* Jueza nacional de 1ª Instancia en lo Civil.

modelo de protección integral es la necesidad de equilibrar su derecho a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. Por eso, la autonomía progresiva constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de las/los niñas/os, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta.

Para ello, en el derecho comparado se han diseñado diversos sistemas de capacidad que se nutren de dos enfoques teóricos opuestos en torno al desarrollo infantil: las teorías convencionales y las teorías culturales. Las teorías convencionales lideradas por Piaget entienden que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual todo/a niño/a pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. La infancia se presenta así como un proceso universal, lineal y prescriptivo, sin atender al impacto del contexto. Por oposición, las teorías culturales procuran reflejar la complejidad de factores que inciden sobre la adquisición de competencias por parte de la/el niña/o, y ven al desarrollo infantil como el producto de determinados procesos económicos, sociales, culturales y ambientales vinculados en concreto con las prácticas de crianza en que aquellos desarrollan su existencia.

## El sistema de capacidad de las personas menores de edad del Código Civil y Comercial de la Nación

Nutriéndose de las dos teorías reseñadas, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) adopta un sistema mixto, donde se conjugan reglas flexibles sin límites etarios con otras reglas con límites etarios en función de los derechos involucrados (lo que ocurre, por ejemplo, con relación al cuidado del propio cuerpo).

La norma madre se encuentra en el artículo 26,<sup>1</sup> que reconoce a la persona “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente” la po-

---

1. Art. 26, CCyC: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le

sibilidad de “ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Si bien de esta disposición podría inferirse que la regla es la incapacidad (con excepción de los actos que la ley expresamente autorice a realizar), las excepciones son tantas a lo largo del articulado del Código que podría sostenerse que la misma se invierte, de modo que la regla es la capacidad y no la incapacidad. Esta conclusión surge de la necesidad de armonizar la primera parte del artículo 26 con otras dos normas generales: por un lado, el artículo 261,<sup>2</sup> que fija la edad del discernimiento para los actos lícitos en los 13 años y, por el otro, el artículo 639,<sup>3</sup> que entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental enuncia la autonomía progresiva y recuerda que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de las/los hijas/os.

La síntesis de las normas citadas permite concluir que, en general, y al menos para los actos vinculados con el ejercicio de derechos no patrimoniales, se presume la capacidad del adolescente. Es decir, un adolescente podría adoptar decisiones vinculadas con derechos tales como su educación, libertad religiosa, intimidad o privacidad, su integridad física o psíquica, etcétera.

---

conciene así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

2. Art. 261, CCyC: “Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”.

3. Art. 639 CCyC: “Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

## Participación procesal de niñas, niños y adolescentes en el ámbito civil

En el CCyCN, las citadas disposiciones de fondo se integran con reglas de forma, no sólo aquellas que reiteran el deber de escuchar a niñas, niños y adolescentes y tomar en cuenta sus opiniones conforme su edad y madurez, sino en especial las reglas procesales contenidas en los artículos 677 a 680, que diseñan la actuación de las personas menores de edad en los procedimientos judiciales.

Debe recordarse que el debate doctrinario y jurisprudencial en torno de la capacidad procesal de las personas menores de edad surge con la sanción de la Ley N° 26061 de “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”,<sup>4</sup> a partir de la cual se desarrollaron tres posiciones en torno a la participación procesal de la/el niña/o y los alcances que correspondía atribuir al artículo 27 de la citada ley.

Para algunos autores, esta participación se encontraba supeditada a la edad fijada para el discernimiento de los actos lícitos, que el antiguo artículo 921 del Código Civil establecía en los 14 años. En este sentido, se sostenía que la calidad de parte estaba asociada a la capacidad de obrar emergente del ordenamiento sustancial, tendencia esta seguida por la mayoría de la jurisprudencia. Otros autores esbozaron una postura amplia, indicando que la participación en el procedimiento no exigía el requisito de la madurez de la/el niña/o. Desde una postura intermedia, se asociaba la calidad de parte a la capacidad progresiva sin atarla a límites etarios, sino a la valoración de la madurez y el desarrollo de la/el niña/o en cada etapa de su vida. Así lo consideré en su momento al observar que, a diferencia del derecho a ser oído, que resulta un derecho para la/el niña/o y un deber para el interlocutor cualquiera fuera su edad, la participación activa en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, que serán evaluados por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado la/el niña/o.

---

4. Ley N° 26061, sancionada con fecha 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en sendos precedentes, de los que resulta una posición ambigua en la materia. En el primero, del 26/10/2010, el juzgado de instancia había fijado un régimen de comunicación asistido para el padre procesado por abuso sexual, sin haber escuchado a sus hijas, de 10 y 7 años. La Corte mandó dictar una nueva resolución y le hizo saber al magistrado de grado que debía designar a las niñas un/a abogado/a a fin de asegurar “su participación en calidad de parte”.<sup>5</sup>

En un segundo fallo, del 23/06/2012, frente a una/un “menor impúber” (es decir, menor de 14 años según el antiguo Código Civil) que designó abogado, el Tribunal sostuvo que “las prescripciones de la ley 26061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo”, donde:

... los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos [...] como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.<sup>6</sup>

Si bien el CCyCN aporta mayor claridad con relación a la participación procesal de la/el niña/o, el debate no se encuentra cerrado. Como se anticipó, las reglas surgen de los artículos 677 a 680, que diseñan la actuación de las personas menores de edad en los procesos judiciales.

Estas reglas o principios reconocen la capacidad procesal de las personas menores de edad, es decir, la aptitud necesaria para realizar por sí mismas actos procesales válidos y, en este sentido, constituyen una proyección y consecuencia necesaria de la capacidad de ejercicio reconocida en el derecho de fondo.

Entre esas disposiciones genéricas, el CCyCN distingue dos situaciones que resultan de aplicación en el tema que nos convoca, es decir, en los procesos por delitos contra la integridad sexual: a) los juicios

5. CSJN, “G., M. S. c/ J. V., L. s/ recurso extraordinario” -Dictamen del Procurador-, 26/10/2010, LL 2010-F-422 y RDF 2011-III, p. 31, con nota de Bedrossian, Gabriel, “Abogado del niño: reflexiones en torno al cuándo, quién y cómo”.

6. CSJN, “M., G. c/ P., C. A.”, LL 2012-D-600, LL 09/08/2012, p. 4, con nota de Gozaíni, Osvaldo A., “El niño y el adolescente en el proceso”, 23/06/2012; RDyFP 2012 (noviembre), p. 271, con nota de Jáuregui, Rodolfo G., “La Corte Suprema y un fallo que deja dudas a propósito de la intervención del abogado del niño”. En el mismo sentido ver CSJN, “P., G. M. y P., C. I.”, 27/11/2012.

contra terceros, regulados en los artículos 677 y 678; y b) los juicios contra los progenitores, regulados en el artículo 679.

En los juicios contra terceros, la regla surge del artículo 677,<sup>7</sup> que dispone que “Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados”. Pero la nueva norma agrega: “Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”. Esta disposición debe conjugarse con lo reglado por el artículo 678 en materia de “Oposición al juicio”.

La lectura de los artículos 677 y 678 permite extraer las siguientes conclusiones. Cuando se trata de un juicio contra terceros, la ley habilita a los progenitores a actuar en representación del hijo. Sin embargo, los/las hijos/as tienen la opción de actuar conjuntamente con sus progenitores o en forma autónoma cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Como la norma indica, la participación de la/el hija/o se alza como un derecho, una facultad de NNyA, no un deber. Siendo así, no es necesario integrar la *litis* con el traslado de la demanda a la/el niña/o o adolescente; de lo contrario, cabría aplicarle las consecuencias de la rebeldía para el caso de que no se presente en el juicio, cuestión que evidentemente resulta contraria a la protección de su interés superior. Es él y sólo él quien decide si quiere participar. Si lo hace, tendrá derecho a ofrecer prueba, recurrir las resoluciones, etcétera. Si no se presenta, no se podrá extraer ninguna consecuencia adversa de su falta de participación y será suficiente la actuación de sus representantes legales.

La edad de 13 años no constituye un límite mínimo para actuar en el proceso judicial, por cuanto la misma ley habla de una presunción de autonomía. Esto significa que, después de esa edad, la madurez se presume, y antes de esa edad deberá acreditarse, mas en modo alguno queda excluida de plano. Y ello por cuanto la capacidad procesal no es más que un reflejo de la capacidad de ejercicio, que a tenor de las reglas generales sólo debe restringirse –salvo disposición en contrario– cuando la persona no cuenta con la edad y grado de madurez

---

7. Art. 677, CCyC: “Representación. Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”.

suficiente. Será, en definitiva, el/la magistrado/a interviniente quien deberá evaluar la madurez de la/el niña/o para actuar en el proceso, para lo cual contará con el apoyo de profesionales de otras disciplinas. Cualquiera fuera su edad, si el/la niño/a interviene en el proceso por derecho propio, el CCyCN indica que debe hacerlo con asistencia letrada.

Ahora bien, a tenor de lo dispuesto por el artículo 678,<sup>8</sup> mientras que el/la niño/a requiere autorización de sus progenitores/as para estar en juicio, el/la adolescente no la precisa, pero los progenitores pueden oponerse a que inicie la acción, debiéndose resolver la cuestión por venia judicial (previa audiencia del oponente y del Ministerio Público) y la debida asistencia letrada. Para habilitar la facultad de las/los progenitoras/es de oponerse al proceso, resulta indispensable ponerlos en conocimiento de la demanda formulada por la/el hija/o en la primera presentación que aquel hiciera.

Por otro lado, en los juicios contra los progenitores, como sería el caso de delito cometido por el progenitor, el artículo 679 dispone que la/el hija/o tiene la opción (no el deber) de reclamarles “por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente”. Es decir, el/la niño/a que cuenta con edad y grado de madurez suficiente (aun antes de los 13 años) puede accionar contra sus progenitores/as sin requerir autorización judicial a tales fines, como sí la exigía el artículo 285 del Código Civil derogado. Una vez más, será el/la juez/za quien determine si la/el niña/o cuenta con tal madurez, la que entiendo se presume con el inicio de las actuaciones, máxime cuando se trata de un/una adolescente. En esos supuestos, el CCyCN dispone la intervención con asistencia letrada.

## Proyección de la normativa civil a los procesos penales

Proyectando las reglas de capacidad civil y capacidad procesal al proceso penal, puede sostenerse que una persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente (que se presume como dije a partir de

---

8. Art. 678, CCyC: “Oposición al juicio. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público”.

los 13 años pero puede presentarse antes de esa edad) cuenta con capacidad para formular una denuncia y constituirse en parte querellante y, como tal, impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir en los términos de los artículos 72 del Código Penal<sup>9</sup> y 82 del Código Procesal Penal de la Nación.<sup>10</sup> Y es que la misma normativa penal alude a las personas capaces o incapaces: si alguien es considerado capaz para el derecho civil, no podría ser tenido por incapaz para intervenir en un proceso penal. En consecuencia, las/los NNYa tendrán una triple opción: actuar a través de su representante legal, hacerlo conjuntamente con él o actuar por sí. Si decide participar en el proceso deberá hacerlo con asistencia letrada.

En efecto, como la/el abogada/o de la/el niña/o es quien asume la defensa técnica para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad de la/el niña/o, cuando esta/e goza de suficiente madurez y desarrollo para ser considerada/o parte en el proceso, como cualquier adulta/o, tendrá derecho a contar con patrocinio letrado, sin que corresponda fijar límites etarios excluyentes. Esta es en definitiva la línea seguida en la Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 1234/06, mediante la cual se subraya que no debe supeditarse la

---

9. Art. 72, CP: “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.// En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.// Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel”.

10. Art. 82, CPP: “Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.// Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal.// Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte o la desaparición de una persona, podrán ejercer este derecho el cónyuge, el conviviente, los padres, los hijos y los hermanos de la persona muerta o desaparecida; si se tratare de un menor, sus tutores o guardadores, y en el caso de un incapaz, su representante legal.// Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos”.



designación de abogada/o a edades cronológicas determinadas. Esta asistencia letrada debería garantizarse también en el ámbito penal, más allá de la actuación del defensor oficial.

Ahora bien, he dicho que en el marco del proceso civil, si la niña o el niño inicia una demanda contra un tercero, debería ponerse en conocimiento a las/los progenitoras/es para que, en todo caso, ejerzan su derecho de oponerse al juicio, que se resolverá previa audiencia con citación del Ministerio Público. Esta posibilidad no necesariamente puede traspolarse al proceso penal, en especial frente a delitos contra la integridad sexual, por la necesidad de garantizar la intimidad de la víctima.

Por otra parte, cuando el agresor denunciado es una/o de las/los progenitoras/es, a tenor de lo prescripto por el artículo 679 del CCyCN, si una/un niña/o –por ejemplo de 10 años– se presenta sola/o a realizar la denuncia, cabría presumir su madurez para intervenir en el proceso penal. En todo caso, si esta capacidad se discutiera, debe ser evaluada por un cuerpo interdisciplinario, que dilucidará si la/el niña/o presenta madurez suficiente para comprender las consecuencias de la denuncia. En estos casos, también, se le debe proporcionar a la/el niña/o asistencia letrada.

## Conclusión

Desde el derecho civil entendimos desde hace años esto que enseñaba Bidart Campos: la ley no es el techo del ordenamiento jurídico; tan es así que el Código Civil y Comercial recogió un sistema de capacidad y participación procesal que responde a los principios emergentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y procura encontrar ese necesario y delicado equilibrio entre autonomía de la/el niña/o y protección e intervención de las/los adultas/os y del Estado. Creo que el derecho penal se encuentra en deuda en este sentido, porque la ley penal tampoco es el techo del ordenamiento jurídico. Es indispensable que el proceso penal se *aggiorne* y respete los principios convencionales que parten de la presunción de capacidad procesal de NNyA, máxima que debe inspirar su actuación en las acciones por delitos contra su integridad sexual.



# Delitos contra la integridad sexual: prejuicio, verdad del caso y acto de justicia

Virginia Berlinerblau\*

## Introducción

La relevancia del acto de justicia para las niñas, los niños y las/los adolescentes (en adelante NNyA) que fueron víctimas de agresiones sexuales, parte de la inherente vivencia de complicidad que los desvíos sexuales del agresor les inculca con sus actos y que los condena, a veces de por vida, a cargar con un silencio enajenante el peso del grillete de la culpa ajena. Como señaló la psicoanalista francesa Françoise Dolto en su libro *La causa de los niños*:<sup>1</sup> es trágico que las/os niñas/os no distingan culpabilidad de responsabilidad. La víctima infantil se siente responsable, cómplice y por ello calla, sufre en silencio. Surge más entrapamiento, aislamiento, desamparo y revictimización.

Pero cuando la justicia falla en función de la verdad en el caso judicializado, tiene un efecto pacificador del psiquismo infantil vulnerado, porque señala quién fue víctima y quién victimario, porque reubica roles y responsabilidades y libera a la víctima infantil de culpas ajenas incorporadas como propias.

Lo contrario es un simulacro de la ley, que conlleva más orfandad y desamparo (siguiendo a Marta Gerez de Ambertin en *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*), que

... genera violencia, angustia, deterioro del espacio legal del ciudadano, que al sentir la orfandad del marco legal que debería preservarlo, ataca porque se siente atacado, absolutamente inseguro, sin garantías. Punto ciego de la ley. El sujeto pasa de sujeto a objeto, ha sido deshumanizado.

---

\* Médica especialista en Psiquiatría infanto-juvenil y en Medicina Legal. Perito Médico de la Justicia Nacional.

1. Dolto, Françoise, *La causa de los niños*, Barcelona, Editorial Paidós, 1986.

El acto de justicia contribuye además al reconocimiento de las/los NNyA víctimas como personas sujetos de derechos. NNyA tienen su propia subjetividad –en desarrollo–, no son ni superiores ni inferiores al adulto sino inmaduros.

Es necesario resaltarlo ante un “adulto centrismo” que partiría de una supuesta superioridad moral del adulto sobre las/los NNyA, especialmente cuando en estos casos, en definitiva, el resultado depende, en la batalla de discursos, de quién resulta más creíble para el juzgador/a. Es una deuda con la infancia reconocer sus padecimientos silenciados y silenciosos, y las consecuencias en la salud mental por actos de índole perversa, que tienen la particularidad de ser traumáticos para el psiquismo de cualquier persona.

Recordemos una definición psicoanalítica de trauma:<sup>2</sup>

Es un acontecimiento de la vida del sujeto caracterizado por su intensidad, que desborda la capacidad del sujeto de responder a él adecuadamente y el trastorno y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica. El trauma designa, ante todo, un acontecimiento personal de la historia del sujeto que resulta subjetivamente importante por los efectos penosos que puede desencadenar. No puede hablarse de acontecimientos traumáticos de un modo absoluto, sin tener en cuenta la “susceptibilidad” propia del sujeto. *Pero el acontecimiento puede ser traumático por su misma naturaleza (por ej. la pérdida de un ser querido) o por determinadas circunstancias específicas que le impidieron en el momento del acontecimiento, por ej. por la condición de niño (el resaltado me pertenece).*

Es decir que un acontecimiento de abuso sexual es traumático en NNyA, porque su psiquismo inmaduro le dificulta o impide una reacción o entendimiento adecuado, y ello hace a la eficacia patógena de la experiencia de abuso sexual. NNyA no cuentan con las herramientas psíquicas para liberarse de la penosa experiencia que persiste en su psiquismo al modo de un “objeto extraño”, y da origen a alteraciones cognitivas, afectivas, conductuales de las víctimas, que cada niña, niño y adolescente padece en su singularidad.

El abuso sexual de NNyA puede incluir actos, palabras, actitudes o juegos sexualizados y representan un atentado a su pudor, a su psico-

---

2. Laplanche, J. y Pontalis, J.B., *Diccionario de psicoanálisis*, Barcelona, Editorial Labor, 1968, 3ª edición revisada, reimpresión 1983.

sexualidad en formación. Las/los NNyA son cuerpo más mente y su inmadurez psicofísica las/los hace vulnerables por estructura. Por ello, NNyA víctimas requieren de la escucha empática, no sugestiva, sin juzgamientos, facilitadora, con ética, perspectiva de género. Si falta este abordaje la víctima se encontrará sola y abandonada, sumida en la más profunda desesperación, es decir, justamente en la misma situación insostenible que en determinado momento la ubicó el agresor y la condujo a la ruptura psíquica.

Ello, sumado a que los agresores sexuales de NNyA actúan con impudicia y audacia, con aprovechamiento de la asimetría de poder y de la ingenuidad propias de NNyA; violando fronteras y tabúes generacionales o sociales contribuye a invisibilizar aún más a las víctimas.

Para concluir estas primeras consideraciones, debe destacarse que el abuso sexual infantil nunca es resultado de las costumbres de determinada etnia, la pobreza, el hacinamiento, la promiscuidad, un pobre nivel sociocultural o el exceso de alcohol. Estas son racionalizaciones que parecen justificar la conducta pedófila y que, además, generan más desconocimiento y discriminación.

## La ley del tabú del incesto

Es una ley no escrita, previa al Derecho, que funda la cultura y el lazo social, la que prohíbe el sexo entre familiares. Esta es una ley no escrita, presente bajo diferentes formas en todas las culturas sin excepción, o sea que es de carácter universal,<sup>3</sup> cualquiera sea la etnia, pertenencia social o cultura; nunca el incesto con NNyA es cultural y es considerado uno de los delitos más denigrantes de la condición humana.

## Agresor y mitos encubridores

Quien comete un acto de pedofilia no tiene una estructura mental predeterminada, puede ser cualquier persona de nuestro entorno. Circulan disimulados en la sociedad, porque su conducta social –la manifiesta– nada nos dice de su conducta sexual. Suelen ser personas

---

3. Ver Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*, Buenos Aires, Eudeba, 1958.

adaptadas, profesionales o no, pueden ser “buenos vecinos”, suelen mostrarse solidarios, cariñosos y cordiales hacia el mundo exterior. El prejuicio de que son inadaptados sociales, personas aisladas o fuera de sus facultades mentales sigue contribuyendo al desconocimiento del problema. En su gran mayoría no manifiestan patología mental y presentan sus facultades mentales normales. Pueden ser de estructura neurótica, perversa, psicótica, de orientación heterosexual, homosexual, bisexual, varones (la gran mayoría) y mujeres. Es preocupante que entre el 30% y el 40% de las agresiones sexuales a NNyA (incestuosas o no) sean cometidas por varones menores de 21 años. Por otra parte, los pedófilos pueden ser exclusivos o circunstanciales y vivir una vida aparentemente normal.

La mayoría del incesto con NNyA –en los casos judicializados– es cometido por padres/padrazos, pero además por abuelos, tíos, hermanos mayores. En casos de incesto paterno filial surgen ideologías funcionales al desconocimiento que surgen de la familia idealizada como fuente de cuidados y amor incondicional. Pero el engendrar un/a niño/a no viene con certificado de salud mental ni se contrapone con tendencias pedófilas. Se observa en las preguntas periciales, derivados de un saber psiquiátrico/psicológico ofrecido en ocasiones como sin fallas, la incesante búsqueda de la identificación del sospechoso/a por medio de prueba de personalidad/pericias psiquiátricas que supuestamente discriminarían al pedófilo en el caso judicializado. Subyace otro mito que sostiene que un acusado o sospechoso de agredir sexualmente a un/a niño/a debería presentar determinada estructura de personalidad o rasgos “compatibles con los hechos que se investigan” (estimándose que debería ser perversa, desviada, sádica, homosexual, etc.), que en definitiva vía pericial podemos detectar al delincuente cuando no hay asidero científico para ello. O suponer que los “testigos de concepto” nos ayudarán a dilucidar la verdad del caso cuando es de diaria constatación que la conducta social de una persona nada nos dice de su conducta o preferencias sexuales. Como corolario, y bajo estas suposiciones, al no hallarse en las prácticas lo que no existe, quien persiste invisibilizado es el agresor sexual y la credibilidad de la víctima queda resentida. Esta suerte de “lombrosismo” pericial, por otra parte, estigmatiza a quienes presentan una sexualidad con rasgos perversos, o una orientación sexual homosexual: ello per se no los con-

vierte en pedófilos y mucho menos los ubica en la escena del crimen. Este es un mito tranquilizador para la sociedad al encubrir el horror que significa reconocer que quienes cometen actos de pedofilia están en nuestro entorno, y suelen pasar desapercibidos.

En un chat de Internet en una causa judicializada, al amparo del anonimato, se explayaban a sus anchas sobre lo que callan pertinazmente en la justicia:

Los pedófilos no somos enfermos mentales como nos quieren hacer creer la sociedad, vivimos nuestra sexualidad, al menos entre nosotros con total naturalidad [...] Yo no me oculto en mis gustos, tan solo los vivo discretamente [...] Cuando he tenido relaciones con niñas, las he tenido con orgullo y placer, nada de sentimientos de culpabilidad [...] Los auténticos pedófilos esperamos que se nos acepte y respete...

Son estos mismos sujetos quienes, al ser descubiertos, reaccionan con una típica negación, falsa perplejidad, autovictimización, y sus declaraciones refuerzan una supuesta superioridad moral del adulto sobre el/la niño/a, de varones sobre mujeres, etcétera.

La estrategia de la defensa suele ser convertir a las víctimas en victimarias con un síndrome probadamente falso, carente de fundamento científico, el falso “Síndrome de Alienación Parental” (SAP), o sus sustitutos. Su ideología de fuerte tinte misógino convierte a cualquier denunciante en delincuente, a toda/o niña, niño y adolescente en ventrílocuo materno, al perito que avaló su credibilidad discursiva en fabricante de mentiras, especialmente si es mujer. El falso SAP ha devenido un instrumento más de la violencia machista en nuestros tribunales, además, porque se confunde el hecho de ser mujer profesional con defender mujeres, cuando a muchas nos alcanza el anhelo de imparcialidad. Es violencia de género atribuir falta de objetividad y parcialidad a una mujer profesional en razón de su género.

Contribuyen a la invisibilidad de las víctimas además aquellas/os profesionales que bajo una ética anestesiada no consignan los dichos de las víctimas o los descartan “porque no es mi función”, “porque no dio nada en las pruebas gráficas ni test”, atribuyéndoles una especificidad de la que carecen.

Las pruebas proyectivas o gráficos a las presuntas víctimas no sirven para discriminar al/la NNyA abusado del no abusado en el caso

singular: son interpretaciones, no suplantán el testimonio infantil ni tienen la entidad científica de las fotos del hecho ni la especificidad y sensibilidad de un test de embarazo. Los abordajes perimidos sostenidos en desmedro de las pequeñas víctimas y de sus dichos ¿serán una forma larvada del *backlash*? El juzgador debe conocer con certeza razonable el qué, quién, cuándo, dónde, para arribar a la verdad del caso. También están quienes sobreabundan en tecnicismos y lugares comunes, en otro intento de sortear las preguntas fundamentales.

La experta inglesa Dania Glayser ya había señalado, en 1994, ante la pregunta ¿por qué no le creemos a las/os niñas/os?, lo siguiente:

Y la razón habitual porque no le creemos a los chicos es la negación por parte del abusador, tema para nosotros muy común y repetido. El problema es que es una palabra versus la otra y preferimos escuchar la negación del hecho por el abusador que la versión del niño "es más sencillo". La razón final es muy simple, las consecuencias de creerle al niño son terribles. Las consecuencias para la persona que escucha y cree la versión del niño son muy serias porque tiene que empezar a actuar en consecuencia...

## Necesidad de escucha cuidadosa

Es posible distinguir clínicamente los rastros y consecuencias que dejan en el psiquismo infantil las agresiones sexuales si se está formado específicamente. Estas/os NNyA requieren de una escucha cuidadosa para que sus declaraciones no sean devaluadas por operadores judiciales y en los peritajes, muchas veces con justificativos perversos en defensas destructivas y sus autoproclamados "expertos" que venden opiniones, no tiempo profesional, y cuya función parece ser denigrar la palabra de la/el niña/o víctima, esquivar el cuerpo, apoyándose en mitos y prejuicios arraigados en nuestra sociedad porque creerle a las/os NNyA tiene consecuencias horribles para todos y es más fácil y cómodo negar estas realidades.

La revictimización judicial se reproduce al comprobar el/la NNyA que la amenaza proferida por su verdugo: "nadie te va a creer", se hace realidad. Esto es, cuando la institución judicial no actúa en función de la búsqueda de la verdad y no restablece la legalidad, lo que reproduce el orden simbólico ausente en la familia incestuosa con impacto social.



Ello sumado a los exámenes médico-legales, la incesante toma de declaraciones sin guardar los recaudos necesarios para proteger el pudor infantil vulnerado, y un estado de sospecha que recae sobre la/el niña, niño o adolescente y su madre si fue la denunciante.

No es posible para el profesional de la salud mental formado confundir las huellas de los abusos sexuales con fantasías infantiles incestuosas que, por estructura, son inconscientes. La/el menor no fantasea con el incesto, las fantasías edípicas jamás acceden a la conciencia. Las fantasías edípicas jamás incluyen descripciones detalladas y con conocimiento sobre la genitalidad adulta. Sin embargo, este es otro falaz argumento que se suele instalar en el caso judicializado para desacreditar la palabra de la víctima. Cuando la escucha es empática, neutral, objetiva, especializada se revelan –y no siempre por la angustia de lo indecible– los efectos de la agresión sexual: las/los NNyA quedan dañadas/os en su cuerpo, su mente, su identidad, su historia, su placer, su filiación, su sexualidad. Muchas/os niñas y niños abusadas/os sexualmente quedan como muertos vivos, son “maniqués desnudos”. Quien lleva a cabo actos pedófilos es el que fantasea conscientemente fantasías incestuosas que lleva a la práctica en lo que se denomina el pasaje al acto perverso.

## Discurso infantil

La/el niña, niño o adolescente que relata agresiones sexuales o las deja entrever en su discurso se manifiesta además en gestos, posturas, compulsiones, dibujos, en el juego, etcétera, porque efectivamente algo ha tocado su cuerpo sexuado en forma violenta. Ese discurso debería tener valor de prueba en la justicia. Pero la palabra de NNyA nada puede contra la del adulto si no cuestionamos los tradicionales paradigmas que devenidos dogmas transforman lo no visible en inexistente. Hay ideologías que parecen compadecerse del victimario y aún justificarlo: “mirá cómo se viste, le gusta la calle, fue a bailar, chatea”, etcétera. Como si la/el adolescente fuera cómplice de su propia victimización, especialmente si la víctima es adolescente del género femenino. Las adolescentes mujeres son las más responsabilizadas cuando son victimizadas sexualmente. Esto ocurre en nuestra sociedad, en nuestra justicia. Se entiende una de las razones de por qué

muchos casos no son denunciados, o quedan en la mera denuncia y son rápidamente archivados, por qué muchos padres y madres protectores y sus hijos e hijas se arrepienten de haber denunciado, por qué hay un muy bajo porcentaje de casos que llegan a juicio y a la condena. ¿Ignorancia? ¿Desinterés? ¿Prejuicios? NNyA no tienen abogados, no pagan peritos, sus derechos en la práctica tienen baja prioridad. En la justicia se replican asimetrías cuando prima la ley del más fuerte, de quién tiene el poder de imponer la verdad. Y en la batalla de discursos suele imponerse un poder sin verdad frente a una verdad sin poder.

La desidia en cuanto a la protección infantil se observa en el hacer “como sí”, la utilización de enfoques perimidos, la no revisión de los procedimientos, la insuficiente actualización, la falta de supervisión y de capacitaciones sostenidas, la no articulación de saberes y la falta de fundamento científico, entre otros factores. La Dra. Elena Lacombe<sup>4</sup> llama la atención sobre la incidencia de una moral acomodaticia, donde encuentra refugio el proceder burocrático y la falta de empatía con los padeceres infantiles que bloquea la escucha del sufrimiento infantil y genera impunidad. Urra Portillo<sup>5</sup> habla de una “ética anestesiada”. Ana María Fernández señala como hipótesis que frente al alarmante incremento de casos se produciría una suerte de autoprotección social en detrimento de los más débiles en la escala social, y dice:

Identificar al niño/a victimizado sexualmente visibilizaría al abusador, con el riesgo de dañar a la sociedad tornándola vulnerable ante sus propias producciones. Los abusadores resultarían peligrosamente cercanos e irreconocibles, disimulados y distribuidos en diversos ámbitos sociales. Por lo tanto, silenciar e invisibilizar bien pudiera ser una estrategia social “protectora” del ordenamiento social, de sus miembros más fuertes.

---

4. Lacombe, Elena, psicoanalista de niños/as, psiquiatra infanto-juvenil y psicoanalista, Comunicaciones personales (1993/2013).

5. Urra Portillo, Javier, *Violencia. Memoria amarga*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 1997. Señala este autor: “Cuando usted y aquel y yo mismo cambiemos, se modificará la sociedad. La responsabilidad individual no ha de diluirse en la de la colectividad [...] la enfermedad social se produce por la dejación moral de personas capaces [...] si los sentimientos se quedan dormidos [...] entonces la ética y la capacidad de respuesta quedan anestesiados”.

Como se reconoce en las Reglas de Brasilia, las niñas y los niños son “víctimas en especiales condiciones de vulnerabilidad”,<sup>6</sup> es decir, la/el niña/o por su estructural dependencia requiere del adulto para sostenerse en el mundo. Y sólo por la mediatización de un adulto protector es que la develación podrá devenir denuncia. Pero suele prevalecer en la justicia la verdad del adulto imputado, o sea “la verdad” de quién tiene el poder –económico o social– para imponerla. Los imputados tienen defensores y peritos de parte, NNyA no. La justicia no debería tratar por igual a quienes son estructuralmente asimétricos. Pero parece ser que el derecho a la defensa y al debido proceso no corren por igual para víctimas NNyA y victimarios. No basta con ratificar Convenciones si no propiciamos una igualdad en cuanto al acceso a derechos en las prácticas. Como se señalaba previamente, muchas/os NNyA en estos casos quedan ubicados por la Justicia en el mismo lugar de desvalimiento e indefensión en que los había colocado el agresor sexual, obligados a asumir una culpabilidad de difícil tramitación psíquica.<sup>7</sup>

La denuncia como acto del cual el sujeto se apropia sólo podrá llegar a ser con la autonomía adulta. Sin embargo, sólo algunas víctimas estarán en condiciones de exponer sus padeceres. Quizás porque quieren evitar la inevitable exposición de la propia sexualidad, el trauma de la evocación, o porque lo han podido resolver terapéuticamente.

El tipo de intervención judicial es decisiva para la víctima porque, dependiendo de cómo se realiza, puede agravar o reparar la traumatización sufrida. Una púber víctima de abuso sexual escribía durante la pericia psiquiátrica, en una “carta” al agresor sexual –su padraastro– (consigna que se le ofreció para facilitar sus expresiones libres):

Primeramente le quisiera decir que ud. sabe muy bien cómo fueron las cosas, no se haga la víctima [...] Si antes yo le tenía miedo, ahora no le tengo. Ahora tengo mucho apoyo y compañía de gente profesional que sí me entiende y me ayudan para que yo siga adelante, pese a todo lo que

6. Entre las personas especialmente vulnerables, las Reglas de Brasilia identifican a los/las niños/as, los/las ancianos/as, personas con discapacidades, integrantes de comunidades indígenas y los/las trabajadores/as migratorios. Disponible en: [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124)

7. Gerez de Ambertin, M., “Vicisitudes del acto criminal: *acting out* y pasaje al acto”, en Gerez de Ambertin, M. (compiladora), *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico*, Buenos Aires, Letra Viva, 2009, p. 49.

me ha pasado por consecuencia suya. No le mienta más a nadie, ni a mi madre, ud. hizo muchas cosas a sus espaldas, cosas que yo y ud. sabemos. ¿Perdonarlo? Mmm... ¡¡¡no!!! ¡¡¡Lo que Ud. me hizo no tiene perdón [...] pero yo no me preocupo porque algún día LA VERDAD SALDRÁ A LA LUZ y cuando eso ocurra el mundo se enterará de ¡¡¡LA VERDAD!!!

Otra niña, bajo esta misma consigna, escribía: “Los que me tenían que proteger, influir, guiar son los que me maltrataron, abusaron, violaron. Espero no ser como ellos, yo sé que voy a salir adelante pero se tiene que hacer justicia ...”.

Cuando la justicia no actúa genera impunidad y reincidencia, porque le refuerza al pedófilo la no introyección de la ley fundante de la cultura, y en la víctima lo padecido retorna aún con más fuerza en su vulnerada salud mental, y se traslada fatalmente a su descendencia. La condenada y encarcelada mentalmente y de por vida es la víctima. NNyA parecen ser las víctimas más ignoradas por la justicia civil y penal. Las normas jurídicas carecen de sentido si la Justicia no configura mecanismos eficaces que permitan su aplicación efectiva.

Otra adolescente, víctima de incesto paterno, decía durante la pericia psiquiátrica:

En la Cámara Gesell me puso un poco nerviosa ver las sillitas chiquitas y pensé cuando yo era chiquita [...] Y me dio impresión. Yo no tenía solución de chiquita. Yo de chiquita no tenía a quién concurrir. Por lo menos a estos chicos le dan solución.

La esperanza de la víctima es la de una respuesta judicial acorde a la verdad, la única que la puede pacificar en su reclamo, y ello aporta sentido ético a la tarea pericial y judicial. La joven espera justicia para sí y para otras/os niñas y niños con los que se identifica empáticamente. Y aun cuando para ella ya no haya marcha atrás, y esté comprometido su futuro, confía en un acto de justicia que permita la reubicación de los lugares y posibilite la institución como sujeto.

Para algunas víctimas, la reparación no sólo pasa por la psicoterapia, los grupos de autoayuda, la confesión o la charla íntima. La denuncia es un acto de otro orden, es un llamado a poner las cosas en su lugar, a llamarlas por su nombre, a reinstaurar la ley, y sólo la institución judicial tiene la función privilegiada para hacerlo.

La denuncia entonces puede ser entendida como un insistente reclamo a la legalidad que le fue negada por quienes debían protegerlo,

la que le otorga a la esperanza de transitar el pasaje de objeto a sujeto, de cosa a persona, de víctima a sobreviviente, de sujeto del derecho a sujeto de derecho.

Si bien la respuesta judicial no es uniforme en estos casos se observa un cambio en los paradigmas en cuanto a la protección de los derechos de NNyA, el derecho al acceso a la justicia y la obtención de pruebas válidas para el proceso. Uno de los grandes avances fue la sanción en el año 2004 del artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación. Ello responde a las necesidades y particularidades de NNyA testigos y a la necesidad de preservar la prueba. “La videograbación de la declaración testimonial mejora la investigación y reduce el estrés en el/la NNyA”;<sup>8</sup> las/los NNyA son víctimas y testigos a la vez, y a veces es la única prueba válida. La investigación científica relevante señala que las declaraciones infantiles acorde a protocolos forenses “conforman el instrumento por excelencia de la obtención del testimonio”.<sup>9</sup> Cabe destacar que uno de ellos es el que a la fecha ha logrado mayor aval científico: el Protocolo denominado NICHD.<sup>10</sup> Allí se destaca que NNyA pueden ser fuentes invaluables de información si se utilizan técnicas adecuadas.

Concluyendo: es necesario minimizar el estrés de NNyA en su paso por la justicia, propiciar prácticas actualizadas, transparentes y acordes a los requerimientos judiciales, revalorizar la palabra de NNyA cuando toma la palabra como único testigo, entender que la pericia es parte y no equivale a la investigación, así como contar con peritos y jueces ca-

8. Myers, John E. B., *Legal Issues in Child Abuse and Neglect Practice*, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., segunda edición, 1998, p. 178 y ss.

9. Lyon, Thomas D. y Ahern, Elizabeth C., “Disclosure of Child Sexual Abuse. Implications for Interviewing”, en Myers, John E. B. (editor), *The APSAC Handbook on CHILD MALTREATMENT*, Estados Unidos, SAGE Publications Inc., 3ª edición, 2011.

10. Lamb, Michael E.; Hershkowitz, Irit; Orbach, Yael y Esplin, Phillip W., “The Effects of the Protocol on the Broader Investigative Process”, en *Tell Me What Happened. Structured Interviews of Child Victims and Witness*, Wiley, 2008, p. 165 y ss.: “Como hemos mostrado en los capítulos previos, el uso del Protocolo permite a los entrevistadores obtener de los niños información que es mucho más probable que sea certera porque es obtenida de manera libre de los niños, más que en respuesta a información o sondas provistas por el entrevistador [...] un estudio reciente conducido en Israel muestra cómo el uso del Protocolo mejora la habilidad de los investigadores para juzgar la credibilidad de las instancias de abuso denunciadas, pero para poner estos resultados en contexto, primero discutiremos los estudios concernientes al asesoramiento de la credibilidad, mostrando cuán dificultoso era distinguir entre relatos creíbles e increíbles antes que el Protocolo fuera implementado...”.

pacitados, con actitud y aptitud para revisar preconceptos y prejuicios que históricamente han operado en detrimento de la credibilidad de las víctimas más vulnerables del sistema penal: las y los NNyA.