

***EL NIÑO VÍCTIMA.
PARADOJAS DE SU ANULACIÓN
EN EL NUEVO PROCESO PENAL JUVENIL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES***

Lorena Vuotto¹

Comisión N° 6. Organización judicial. Política judicial. Acceso a la Justicia

¹ Pertenencia institucional: UBACyT. Mail: lorenavuotto@hotmail.com

EL NIÑO VÍCTIMA.

Paradojas de su anulación en el nuevo Proceso Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires.

Resumen.

El presente trabajo aborda la reforma del Fuero Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires a partir de la puesta en funcionamiento de la Ley 13.634 y su trayectoria legislativa hasta llegar a su implementación y la paradójica anulación del niño víctima en el marco del nuevo Fuero Penal Juvenil. De este modo se desarrolla el crecimiento de la víctima en el Fuero Penal, su incorporación con la reforma del sistema procesal penal en la provincia a partir de la sanción de la ley 11922 (Código Procesal Penal) y la situación de la víctima, específicamente contemplada en dicha legislación, su problemática, y su ausencia en el Fuero Juvenil. Finalmente analiza las razones posibles de esta ausencia y establece posibilidades de reforma que permita su incorporación, estableciendo la necesidad de la misma.

Introducción.

...uno tendría que suponer que sí es posible realizar una investigación libre de contaminación. Me propongo argumentar que no es posible, y por lo tanto, el problema no es si debemos tomar partido, ya que inevitablemente lo haremos, sino más bien cual partido tomar.²

Este trabajo pretende **revalorizar** la importancia que ha tenido la incorporación activa de la víctima en el Proceso Penal instaurado en la Provincia de Buenos Aires con la Ley N° 11922; los avances en este terreno a través de la introducción de los medios alternativos de resolución de conflictos y particularmente, en el campo que nos convoca, el estudio sobre el niño víctima de un delito penal y su paradójica anulación en el nuevo sistema penal juvenil, instaurado en ésta Provincia con la Ley N° 13.634 que crea el Fuero Penal Juvenil, **el cual esta dirigido exclusivamente al niño infractor de la ley penal, desatendiéndose de sus víctimas.**

Una situación que considero paradójica desde que no se condice con el crecimiento de la participación de la víctima en los procesos penales y particularmente, en la infancia, donde numerosos estudios y prácticas acompañan el reconocimiento y la importancia del **derecho a ser oído de todo niño** que se vea involucrado en un proceso judicial.

La nueva legislación en la Provincia de Buenos Aires

“La experiencia enseña que ninguna garantía jurídica puede sostenerse exclusivamente sobre las normas;

² Becker Howard. De que lado estamos? (1967) Estigmatización y Conducta Desviada, Univ. de Zulía, Maracaibo, s/f..

que ningún derecho fundamental puede sobrevivir concretamente sin el apoyo de la lucha por su realización por parte de quien es su titular y de la solidaridad con ella de fuerzas políticas y sociales; que en suma un sistema jurídico, incluso teóricamente perfecto, no puede por si solo garantizar nada"³.

Antes de avanzar creo necesario y a modo de simple introducción señalar los puntos fundamentales característicos de las doctrinas en juego en esta temática.

Podemos entonces acordar que la primordial incompatibilidad entre la Ley de Patronato y la Ley 13.298⁴ está dado por la contradicción que existe entre el Dec.-ley 10.067, que recepta la *Doctrina de Situación Irregular*, definiendo a los niños y adolescentes de manera *negativa*, por lo que no tienen, no saben o no son capaces y otorgando a quienes la aplican, la capacidad potencial (y real) de decidir concretamente cada uno de los movimientos de sus vidas, tomándolos sólo como objetos de protección y no como sujetos titulares de derechos; y la *Doctrina de Protección Integral*, que surge del espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN)⁵ y demás instrumentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia, y por tanto, son aplicables en la interpretación y en el diseño de las políticas de los Estados

³ Ferrajoli Luigi "Derecho y Razón" Ed. Trotta Octava edición 2006 Madrid.

⁴ Si bien mi idea es trabajar sobre la ausencia de la víctima en el Fuero Penal Juvenil creado por Ley N° 13634 complementaria de la Ley 13.298, esta es la ley que establece las directrices tanto para aquella materia que pasa a ser competencia del poder ejecutivo como para aquella que queda reservada al poder judicial, y si bien en lo que hace al fuero penal la mentada ley lo dejaba en manos de la creación de ley especial y mientras tanto se aplicaba la ley 11.922 y fue esta una de las grandes críticas oportunamente recibidas y que dieron origen al mantenimiento de la suspensión hasta tanto esa legislación especial estuviera definida y sancionada como ley y los actores puestos en funcionamiento.

⁵ Beloff Mary "Un modelo para armar —y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular" en *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos. Su ratificación por veinte países —el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia— ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención. A la fecha, sólo La Convención significa un cambio radical tanto si es mirada desde un punto de vista jurídico como político, histórico o —y muy especialmente— cultural. Con su aprobación se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia.

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como "modelo tutelar", "filantrópico", "de la situación irregular" o "asistencialista", y que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas penocustodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes. Es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Esta transformación se conoce, en la literatura especializada, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", lo que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" —una parte del universo de la infancia— como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho".

miembros de la ONU y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶.

De modo que el mantenimiento en vigencia del Decreto-ley 10.067/83 implicaba desconocer los compromisos internacionales asumidos por este Estado⁷, y ser pasible de sanciones aplicadas por la comunidad internacional y los organismos internacionales competentes.

(...) Lentamente se está construyendo una nueva concepción de la infancia. Se está construyendo un niño pensado ya no como objeto de tuteladas, de reformas o de salvación, sino como "sujeto de derechos". La Convención de los Derechos del Niño, que reconoció el derecho a un nombre, a una familia, a una nacionalidad, a una identidad, al cuidado de una familia y la obligación concomitante de los Estados de llevar adelante las acciones indispensables para que estos derechos no fueran meras palabras.

La identidad de los niños, Ernesto E. Doménech. Noviembre 2001

No debe escapárse nos que el modelo tutelar que venimos de mencionar y que nos rigió por casi un siglo no estuvo orientado a la infancia en su conjunto. Como destaca Alessandro Baratta *menores no son todos* y es fácil identificar a quién engloba el sistema, quiénes son sus

⁶Alessandro Baratta. "Infancia y democracia" en *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomo I. 3ra ed. Aumentada, corregida y actualizada. Ed. Temis. Bogotá, D.C. Colombia 2004. En este sentido señala que "La extensión del catálogo de los derechos de prestación por parte del Estado en la Convención no es solamente debida a la amplitud y especificidad sino también al hecho de que una parte de los derechos civiles y de libertad de que los niños gozan en el sistema de la Convención no están contemplados solamente de manera negativa, es decir, como derechos de protección, sino que se añaden derechos complementarios de prestación por parte del Estado. (...) La protección de los derechos del niño en relación a violaciones por parte de terceros se encuentra fortalecida a través de una serie de normas específicas que dan forma a un grupo particular de derechos a la protección proactiva o reactiva por parte del Estado respecto de estas violaciones. (...) Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas. (...) **En esta doctrina, tal como sabemos, ya no se ve al niño como objeto de protección- represión por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios con respecto a esas instituciones.** Por otro lado, y en relación con la histórica exclusión, es posible mencionar que la titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia. Esta cobertura requiere que ellos sean parte, como sujetos activos, de lo que propongo llamar "relación social o política, de autonomía, democracia y de auto-gobierno". La relación **es social** cuando se refiere a las instituciones de la sociedad civil, como por ejemplo la familia, la escuela, la fábrica, las asociaciones; es política cuando se refiere al Estado y a otros entes políticos territoriales como son la provincia, la municipalidad, el barrio. La relación **es de autonomía** cuando se refiere a las reglas sobre la base de las cuales se pueden tomar decisiones en nombre de la colectividad; y **es de auto-gobierno** cuando se refiere a la competencia de determinadas personas de decidir en nombre colectivo o a la participación directa en opciones colectivas. (...) **De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral de niños y adolescentes, la cual fue adoptada por las Naciones Unidas a través de la Convención de 1989 y sus antecedentes. Precisamente, la protección integral quiere evitar la construcción social que separa a los "menores" de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujetos con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y de reintegrar a los "menores" en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de la infancia y la adolescencia**".

⁷ El Comité de los Derechos del niño considera, como lo exponemos, "que la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación". (O.G. Nro. 5 de 2003.)

protagonistas. Nos enseña Mary Beloff⁸: *“En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, es posible afirmar que no fueron pensadas para ser aplicadas para todo el universo de la infancia y la adolescencia, sino sólo para una parte de ese universo, para los “menores”. (...) Se trata de aquellos que no ingresaban al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después; como lo ha expresado claramente Antonio Carlos Gomes da Costa, son el producto del proceso **aprehensión + judicialización + institucionalización = menor**. Para los menores se crearon los dispositivos tutelares que representan una forma de mirar, de conocer y de aprehender a la infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años las que, en todo este tiempo, consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial. En ese sentido es posible afirmar que la ley construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serán socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños, sobre quienes este tipo de leyes — como se señaló— no se aplican. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia —violencia—, la respuesta estatal frente a los “menores” es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen al otro segmento de la infancia, es probable que no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia, también con sus bemoles.”*

En este sentido, uno de los mayores aportes y punto de inflexión de la CDN fue introducir el concepto de **responsabilidad**⁹ en el contexto de la Doctrina de la Protección Integral. Partiendo de la necesidad de englobar en el concepto de niño a *todas las personas menores de 18 años sin ningún tipo de discriminación*, se torna necesario desjudicializar aquellas razones que en el proceso tutelar justificaban la intervención de la justicia, tales como los conceptos de *“riesgo material o moral”*, y llevarlas al terreno del poder administrador, que es quien tiene en su cabeza la responsabilidad y deber de garantizar las necesidades económicas y sociales para el bienestar digno de sus habitantes, y reservar para la jurisdicción las cuestiones necesariamente judiciales.

Así las cosas, devenía imprescindible e insoslayable la reforma de los procedimientos penales juveniles de todo el país, reforma que se fue plasmando en las legislaciones locales (pese a contar con la CDN como Ley Nacional desde 1989 y que ésta sea incorporada a la Constitución Nacional en 1994) a fines de la década del 90’.

⁸ Beloff Mary “Un modelo para armar —y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular” en *Los derechos del niño en el sistema Interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

⁹ Beloff Mary *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual*. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Octubre 2005 (pag 104) “A partir de la CDN la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente a la tutelar, esa es responsabilidad: en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, la comunidad y la familia, y en segundo lugar de los niños”.

Sin embargo, en la Provincia de Buenos Aires este proceso de cambio legislativo fue mucho más complejo, lento, sumamente difícil de concretar y recién comenzó a gestarse con el nuevo milenio.

En el año 2002 se sanciona la Ley N° 12.607, la que fue sucesivamente suspendida y que para sorpresa de muchos, por un desliz legislativo, estaba vigente al momento de sancionarse la Ley N° 13298, aún cuando jamás se aplicó y quedó en el mayor de los olvidos... Finalmente, el 29 de diciembre de 2004 se sancionó la tan esperada Ley de "Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños" (Ley N° 13.298), promulgada el 14 de enero de 2005 y publicada el 27 de enero de 2005. No obstante, durante los primeros días de febrero, ante la inminente entrada en vigencia de la misma, la Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia requirió la suspensión mediante medida cautelar de la nueva ley, como anticipo de la acción declarativa de inconstitucionalidad que posteriormente presentó, con fundamento en las "*omisiones de medidas de implementación administrativa que la propia ley ha previsto a los fines de una adecuada promoción y protección de los menores*".

Brevemente expodré cuales fueron los acontecimientos:

- **27 de enero de 2005:** Publicación de la Nueva Ley de Infancia 13.298 "**De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños**". Fue aprobada por unanimidad en ambas Cámaras durante las sesiones del 22 y 29 de diciembre de 2004.
- **4 de febrero de 2005:** la Procuración dedujo **petición cautelar autónoma**, anunciando la interposición de una futura demanda de inconstitucionalidad (art.161 inc. 1° de la Constitución Provincial).
- **7 de febrero de 2005:** la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió **hacer lugar al pedido de suspensión** de la ley 13.298.
- **11 de febrero de 2005:** el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires, dedujo **recurso de Reposición** contra la medida cautelar resuelta por auto fechado 07/02/2005 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que suspendió la vigencia de la ley 13.298.
- Asimismo, interpuesto recurso Extraordinario Federal en caso de que se desestime el recurso de Reposición, y en razón de que su deducción no suspende el recurso para apelar por la vía excepcional del art. 14 de la Ley N° 48, solicitando se declare su admisibilidad y se giren las actuaciones a la Corte Suprema de la Nación para su oportuna resolución.
- **16 de marzo de 2005:** la suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires llama a las partes a celebrar una Asamblea Pública para resolver la cuestión.
- **6 de abril de 2005:** Audiencia Pública, la cual se suspende el 4 de abril de ese año para que las partes comiencen a trabajar en conjunto para intentar encontrar soluciones en la implementación de la nueva ley.

- **3 de Julio de 2006** Se presenta ante la Honorable Cámara de Diputados el Proyecto de Ley de Fueros que modifica el Fuero de Familia y crea el Fuero Penal Juvenil, en respuesta a una búsqueda consensuada entre las partes de encontrar la manera de implementar adecuadamente la Ley 13.298 y como un proyecto complementario de esta última.-
- **Finalmente en abril de 2007** La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires habiéndose sancionado la Ley 13.634, ley de fueros, declaró abstracta la suspensión de la ley 13298 y ésta entro en vigencia, previendo la ley de fueros una etapa de transición que hace que comience a regir en diciembre de 2007.
- **El Nuevo Fuero Penal Juvenil comienza a regir escalonadamente por departamentos judiciales en la Provincia a partir del 15 de julio de 2008.-**

Si bien la idea de este trabajo es abocarnos al estudio de la ley 13634 y particularmente a la ausencia de la víctima en el nuevo procedimiento penal juvenil de la provincia, no puedo desprenderme tan fácilmente de mis palabras iniciales y llamar la atención, sobre la necesidad que todo cambio legislativo para ser efectivo requiere del *compromiso serio de quienes van a ser los operadores del mismo*.

Desde ese lugar, todos los que de alguna manera participamos y apoyamos el cambio, lo hicimos porque entendimos que el mismo era una necesidad político criminal y una obligación constitucional. *Entendimos en ese momento que necesitábamos salir de la cultura tutelar y empezar a bosquejar y armar una cultura de protección integral, sabiendo que en ese camino a transitar y con la experiencia de la práctica y puesta en funcionamiento del nuevo sistema, más fácil encarar nuevos cambios.*

La resistencia fue sumamente ardua y desde muchos puntos comprensible, pues no es factible realizar cambios de esta naturaleza sin la seriedad y profundidad que el tema y sus protagonistas merecen. Ahora bien, habiendo transitado por 7 años de idas y vueltas, teniendo presente todas las críticas habidas y por haber al régimen de patronato, estando involucrados como sociedad en su conjunto (a diferencia de lo que ocurrió en oportunidad de la Ley 12607), estando prácticamente 2 años suspendida la mentada ley que hoy esta en plena vigencia. **¿Es posible el desconocimiento y desconcierto existente respecto de ésta nueva normativa en el Fuero Penal, y particularmente, en el Fuero de Menores? Lamentablemente la respuesta es si. Y acá es donde yo remarco la necesidad del compromiso real de todos los que de alguna manera somos partes de sistema, pues sin éste, no es posible llevar adelante el cambio.**

Tentar soluciones de maquillaje administrativo o de declaración de derechos en abstracto, desconociendo que el problema tiene múltiples dimensiones, es escapar al problema, desatendiendo a sus víctimas. *Las capacidades de transformación pueden alcanzarse, pero para ello, todos tenemos que ser conscientes que las tenemos nosotros, trazando puentes de comunicación, no generando barreras innecesarias...*

Una mirada sobre la víctima.

El fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: el débil ofendido o amenazado por el delito, así como el débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza, es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él.¹⁰

En su conferencia "Conflictos como pertenencia"¹¹ señalaba Nils Christie que *"El elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas en un conflicto entre una de las partes y el estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido: 1) Las partes están siendo representadas; 2) La parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que para la mayoría de los procedimientos es empujada completamente fuera del escenario y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero frente al delincuente y segundo al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importante de su vida (...) no solo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente y el Estado toma su compensación, sino que además, ha perdido la participación en su propio caso."* En relación a la formación de los abogados señala *"los abogados están entrenados para estar de acuerdo sobre lo que es relevante en un caso, pero ello significa entrenamiento en la incapacidad para permitir a las partes decidir lo que ellas creen que es relevante"*.

No es casual que recurra a esta conferencia que data de 1976. Tampoco lo es que previamente haya hecho una autocrítica a nuestra negación y resistencia a los cambios, cuando precisamente uno de los cambios fundamentales operados en nuestro país fue la introducción del Garantismo a nuestros diversos ordenamientos provinciales, a través de las modificaciones de todos los Códigos de Procedimiento Penal en los últimos 10 años.

En 1998 se modificó el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires –Ley 11.922- incorporando a la víctima al Proceso Penal. Sin embargo, esta víctima tan mencionada, requerida, levantada por quienes se hacen voces del cambio en el procedimiento penal, repele a quienes son parte del sistema, y cada vez más el Centro de Asistencia a la Víctima (en adelante el

¹⁰ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Ed. Trotta. Octava edición 2006 Madrid. (pág.335)

¹¹ Nils Christie "Los conflictos como pertenencia" Conferencia pronunciada el 31 de marzo de 1976 en el acto inaugural del Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Sheffield. Publicada en AAVV, De los delitos y de las víctimas, Ad Hoc Buenos Aires, 1992.

CAV) es un depósito adecuado para escuchar a las víctimas, incluso a aquella que solo quiere saber del avance de su causa sin desear mayor participación. Si el CAV antes era mirado con recelo y desconfianza, para luego transitar por periodos de silencio, en los últimos años ha encontrado un reacomodamiento en el sistema, ya los operadores se acostumbraron a su existencia y comprendieron que era de mucha utilidad, ya que encontraron donde derivar a la víctima...

Y estas palabras indican que si bien la víctima logró recobrar su participación y tener una intervención activa en el proceso, la realidad nos demuestra que los cambios legislativos por si solos no funcionan... Todos tenemos que ser parte del cambio, comprometernos con el mismo y no hacernos dueños del caso sino aprender a escuchar a quienes realmente fueron parte del mismo, a los verdaderos damnificados, y darles juego siendo una herramienta esencial y sumamente útil la Mediación. Comparto la idea de este autor que *los abogados no fuimos formados* (quizás las generaciones venideras si lo estén) *para dejar que las partes decidan que es lo que buscan de la justicia y como creen que se puede reparar el daño*, quizás todavía haya una formación que no puede escapar del litigio, cuando son más las veces que las víctimas buscan más que la condena el perdón de su agresor, por ello es importante que no desmerezcamos la actuación de la víctima, no nos creamos súper poderosos y dueños del conflicto, comprendamos que ponerse en el lugar del otro no es fácil, pero puede ser un buen comienzo...

De qué hablamos, cuándo hablamos de igualdad?

Nos enseña Luigi Ferrajoli¹² que *el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás*. Pero, este igual derecho es una norma destinada como todas las normas a ser violada en algún grado o medida, de ahí la necesidad de que se elaboren no solo formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Si ahora volvemos al terreno de la igualdad, prosigue el autor¹³, tenemos que tomar la misma como un término normativo: *quiere decir que los "diferentes" deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo esta una norma, no basta enunciarla, sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia(s) es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias. Y solo si se acepta esta asimetría entre igualdad como norma y diferencias como hechos, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la ineffectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas*.

¹² Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más debil. Ed. Trotta. Octava edición 2006 Madrid

¹³ Luigi Ferrajoli. Derechos y Garantías. La ley del más debil. Ed. Trotta. Octava edición 2006 Madrid

Y esta igualdad de la que habla Ferrajoli aplicada a la infancia, implica y justifica la necesidad de una justicia especializada¹⁴, que les garantice los mismos derechos que a los adultos, mas un plus, en virtud de su condición de seres humanos en desarrollo. *Un plus que parte del reconocimiento de su mayor vulnerabilidad y de su mayor indefensión como consecuencia de la misma, mas esto no hay que entenderlo en clave "tutelar: proteccionista" como de carácter peyorativo, sino como una prestación positiva del Estado y una obligación por parte de éste, de comprender que no deja de estar frente a un niño, que ante el niño tiene que adecuar sus formas y cuidados y esmerarse en su capacidad de atención y comprensión, no pretendiendo que sus palabras respondan como si fuera un adulto, sino como lo que es, un niño expresándose por los caminos que encuentra y tiene a su alcance conforme su grado de maduración.*

La paradigmática ausencia de la víctima en la Ley N° 13634

"No se trata de negar la crisis, sino de buscar la salida de un mosquitero que nos tiene atrapados como moscas"
Enrique E. Marí.¹⁶

Hasta el momento he desarrollado y desglosado distintos subtemas, los cuales nos señalan cuan conflictiva es ésta transformación legislativa.

Indudablemente estamos en una crisis de adecuación, comprensión y conformación, y todavía nos queda mucho camino por andar. También es claro que el cambio era necesario, quizás podría haber sido mejor, *indudablemente pudimos hacerlo mejor.* Pero ahora el punto es avanzar e ir

¹⁴ En este sentido, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Las medidas de protección especial que los niños deben recibir "superan el exclusivo control del Estado" y el artículo 19 de la Convención Americana exige a los Estados la existencia de "una política integral para la protección de los niños" y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derechos. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido de discriminación negativa "peyorativa" referida al niño como incapaz, objeto de protección, sino por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la Convención Americana). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de *ius cogens*, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

¹⁵ Asimismo, según ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17, "el principio de igualdad recogido en el art. 24 de la CADH no impide la adopción de reglas y medidas específicas con relación a los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Ese trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños", no a la vulneración de éstos.

¹⁶ Bergalli Roberto y Martyniuk Claudio (Comp.) Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí. Ed. Prometeo, 2003. Madrid. Pag. 33.

encontrando las líneas conducentes para mejorarlo, siendo indudable que las prácticas judiciales que han generado estos tres años de inicio del Fuero Penal Juvenil tendrían que servirnos en tal sentido.

Y señalo "tendrían" pues pese a enfrentar varias críticas, legislativamente no se han generado cambios.

Cómo señalaba, pese al crecimiento de la víctima en el Fuero Penal en los últimos 10 años –la cual ha generado reformas sumamente interesantes en el CPP de la Pcia. Buenos Aires como lo son las leyes 13954 y 13943- la misma no esta contemplada en la Ley 13634.-

Y precisamente, este crecimiento paulatino y progresivo y esta aceptación al mismo por parte de los mismos operadores es lo que más me sorprende cuando evalúo el por qué de su ausencia en el nuevo procedimiento penal juvenil.

Si los niños deben gozar de los mismos derechos que los adultos, más un plus por su condición sujetos en desarrollo ¿Por qué no se creó en la nueva ley de procedimiento un área social compuesta por su Centro de Asistencia a la Víctima y Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos respectiva?

En este punto es importante destacar que La Ley de Fueros solo hace mención a la víctima en 2 oportunidades: en el art. 40 respecto de la revisión del archivo estableciendo un tope límite de 10 días a tales efectos y en el art. 33 donde establece como principio rector del procedimiento penal juvenil *la participación de la víctima*, lo cual corrobora mi opinión respecto de la paradigmática ausencia de la misma, *ya que por un lado señalamos que debe ser tenida especialmente en cuenta, pero acto seguido no le damos las herramientas adecuadas, ni el espacio, para que esa participación se desarrolle de forma acorde a su importancia, ni mínimamente bajo iguales condiciones que las que si tiene la víctima en el Fuero Penal de Adultos...*

Podemos encontrar varias respuestas o justificaciones por quienes la diagramaron:

1) No había presupuesto y esto ya estaba solucionado vía los servicios locales de atención que funcionarán desde la órbita del Poder Ejecutivo a nivel provincial y municipal (y que conforme su conformación es similar en funciones y profesionales intervinientes que los CAV de la Provincia) para atender a todo niño que vea vulnerados sus derechos;

2) Se puede también decir que en aras a no judicializar a quien no cometió un delito, los niños víctimas corresponde que sean asesorados y asistidos por los Servicios Locales y que la Justicia se encargue de los niños imputados;

3) Finalmente, otra respuesta es aquella que señala que el Fiscal General Departamental es único para todos los fiscales, sea de adultos o de niños, y que dentro de su dirección esta el área social de la que venimos hablando.

Vayamos respondiendo por partes a estas posibles justificaciones:

1) Respecto de las razones de índole económica creo que responden a una de las justificaciones iniciales a la conformación de esta ley "una ley pensada detrás del escritorio" pues sino sería fácil advertir que en el Poder Judicial, dentro de su plantel administrativo (e incluso dentro del mismo Tribunal de Menores y sus equipos técnicos), cuenta con psicólogos y asistentes sociales que perfectamente podrían haber sido trasladados, previa especialización (si es que no contaban con ella) al CAV del Fuero Penal Juvenil.

2) Asimismo, y con relación a la segunda justificación, esta misma crítica es válida para comprender que si estamos frente a un cambio que impondrá que el 70% de las causas (por su carácter asistencial) van a ser ahora asumidas por los Servicios Locales de Atención, que sin duda van a verse superados por tal magnitud de causas y, en consecuencia, no podrán hacerse cargo de la contención, asesoramiento y seguimiento de las causas penales en las que los niños sean víctima, sumado a lo cual, precisamente por la temática en la que trabajarán, no necesariamente -y esto es lo mas probable- los abogados de esos servicios locales estén especializados en derecho penal, sino mas bien en derecho administrativo y de familia. *Esto se funda en una concepción errónea que no ve que la justicia penal juvenil implica un procedimiento especial, sí, pero no deja de ser derecho penal.* Esto sin prever que no es, equitativamente hablando y por la práctica y experiencia propia en el trabajo en el CAV en el fuero de adultos, la misma cercanía con las causas y trabajo de colaboración directo con el fiscal en la investigación la que pueden tener funcionarios del poder judicial desde esta ofician que la que puede tener un abogado, que ni siquiera es un abogado de la matrícula¹⁷, sino del poder ejecutivo. Mas allá de comprender que el trabajo ha de ser mancomunado y compartido, y en completa interrelación, no por ello podemos dejar de ser concientes de las distancias entre los distintos poderes del Estado.

3) Finalmente, respecto de la última de estas posibles justificaciones, ésta se desmantela desde el momento en que nada quita su creación paralela bajo la Dirección del Fiscal General o en su caso la previsión de incorporar a las oficinas mencionadas (con el riesgo del desborde que podría implicar dado el movimiento diario que reciben, sobre todo en el caso del CAV) personal especializado y dedicado a los niños.

Quizás si quienes hubieran realizado la ley habrían oportunamente conocido el manejo del CAV sabrían de su importancia como núcleo no solo de asesoramiento y seguimiento, sino de contención para todo el grupo familiar involucrado y de acompañamiento a las audiencias de mediación en el caso de que la víctima (y obviamente el imputado) deseen mediar. Un

¹⁷ Más allá de que nada impide que lo sea pues esta claro que todo niño tiene derecho a un abogado defensor y si bien la víctima no esta contemplada por remisión a las normas de la Ley 11.922 tendría igual derecho, lo que ocurre que no podemos dejar de perder de vista que aún en los cambios el derecho penal es de por si selectivo, y al momento de diagramar una reforma tenemos que pensar en la potencial víctima del sistema, y dentro de ella, en garantizarle iguales derechos y posibilidades, precisamente, a quien materialmente no pueda proveérselos por si mismo.

acompañamiento del que carecerá el niño víctima, que se encontrará solo ante el aparato judicial que defiende sus derechos.

Además no podemos dejar de advertir que tanto costó separar de la jurisdicción las causas asistenciales, diferenciar netamente que corresponde ser trabajado desde el poder ejecutivo y qué es judicial, para que finalmente se entremezcle esta actuación, permitiendo a la inversa que el poder administrador cobre presencia en aquellas cuestiones que son judiciales y que deben ser atendidas desde el poder judicial, tanto para el imputado como para la víctima, *ya que el acceso a la justicia y la protección del más débil, implica como nos enseña Ferrajoli, la protección desde sus distintos prismas tanto del imputado como de la víctima.*

Una víctima que necesita y debe ser escuchada en todo momento, y que si hoy en día nos genera conflictos cómo escucharla, en qué condiciones, bajo qué resguardos, no le estamos dando en la nueva legislación procesal de la Provincia el lugar adecuado.

Una víctima que ha ido creciendo a lo largo del camino, primero al ser incorporada y acordados sus derechos, que incluyen el asesoramiento integral y la contención que esto implica, para luego ser incorporada en la nueva Ley de Mediación de la Provincia¹⁸ y que ha sido especialmente tenida en cuenta en la creación del CIIDIS¹⁹. *Una víctima paradójicamente ausente, una víctima sin respuestas, sin lugar, sin espacio.*

Conclusión

Creo que tenemos que empezar por comprender que la víctima no es un convidado de piedra en el proceso, es un eslabón fundamental, y es la razón de ser de la justicia. Si nos olvidamos de su existencia, jamás podremos ver su dolor, y con el la esencia del mantenimiento del sistema. Olvidarnos de ella es volver al expediente como una sumatoria de fojas que corren a través de nuestros ojos sin movilizarnos por no poder ver que siempre, de uno u otro lado, hay personas.

El derecho ha de ser por encima de todas las cosas para la gente. **Sin contenido social, no hay justicia.** Por eso, como dice Ferrajoli: *Precisamente si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, la regla del estado social es que no sobre todo se puede dejar de decidir...*²⁰

Y éste no poder dejar de decidir, nos sitúa en una posición activa frente a los cambios, permitiendo su completa y profunda realización.

¹⁸ Ley N° 13433 no así el niño imputado, pero puede ser objeto de otro trabajo.

¹⁹ Centro Integral de Asistencia e Investigación Especializada de Delitos contra la Integridad Sexual

²⁰ Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón" Ed. Trotta Octava edición 2006 Madrid.

Siento que estas palabras resumen y develan el reclamo que ha inspirado este trabajo, *esta necesidad de hacernos cargo todos -desde el lugar en que estemos situados- de la necesidad de no desviar la mirada y empezar a enfocarla aunque nos duela hacerlo...*

No debemos perder de vista que precisamente los niños son el futuro de nuestro país, y que en ellos está nuestro crecimiento como sociedad, debiendo con más razón aunar esfuerzos para que la infancia sea digna de ser vivida para todos los que son parte de ella.

Lorena Vuotto.

BIBLIOGRAFÍA.

- Becker Howard. De que lado estamos? (1967) Estigmatización y Conducta Desviada, Univ. de Zulia, Maracaibo, s/f..
- Beloff Mary y García Mendez Emilio. (Comp.) Infancia, ley y democracia en América Latina. Tomos I y II. 3ra ed. Aumentada, corregida y actualizada. Ed. Temis. Bogotá, D.C. Colombia 2004.
- Beloff Mary, “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, del Puerto, 2004.*
- Beloff Mary *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Octubre 2005*
- Beloff Mary. Los derechos del niño en el sistema Interamericano. 2da reimp. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Beloff Mary (Coord.) La Protección de la infancia como derecho público provincial. 1ra Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires 2008.
- Beloff Mary “Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.* Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2007.
- Beloff Mary. “Tomarse en serio a la Infancia, a sus derechos y al Derecho. A propósito de la Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas y los niños y adolescentes N° 26.061” en *Revista LexisNexis/Abeledo Perrot, Buenos Aires 2006.*
- Bergalli Roberto y Martyniuk Claudio (Comp.) Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Marí. Ed. Prometeo, 2003. Madrid.
- Christie Nils “Los conflictos como pertenencia”. Conferencia pronunciada el 31 de marzo de 1976 en el acto inaugural del Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Sheffield. Publicada en AAVV, De los delitos y de las víctimas, Ad Hoc Buenos Aires, 1992.

XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica bajo el lema de "Problemas Sociales de Latinoamérica: Desafíos al Campo Jurídico"

- Cohen Stanley. Estados de Negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos 2005.
- Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta Octava edición 2006 Madrid.
- Ferrajoli Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Ed. Trotta. Octava edición 2006 Madrid
- Foucault Michel. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores, SA de c.v. Buenos Aires, Argentina. 2005.
- Frega Gerardo L. (Dir) y Grappasonno Nicolas (Coord). Responsabilidad Penal Juvenil. 1º ed. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 2010.
- Platt Anthony M. Los "Salvadores del niño" o la invención de la delincuencia. 4ta ed. Siglo XXI Editores, México 2001.