

**ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS, FUNCIONARIOS,
PROFESIONALES Y OPERADORES DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA-
ALAMFPYONAF**

**I PRE CONGRESO SAN LUIS
9 y 10 de Mayo de 2014**

Ponente: LAURA SELENE CHAVES LUNA ¹

PONENCIA : Garantizar auténtico acceso a la justicia de niños niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual y trata de personas mediante el reconocimiento legal **de parte del Asesor de Menores e Incapaces** en el proceso penal y lectura de derechos al NNyA de que puede contar con **“abogado del niño”** **bajo pena de nulidad** en el proceso penal.

*“ Cada una de nuestras acciones y decisiones , de nuestras elecciones, de nuestras palabras, de nuestros silencios y omisiones tienen una consecuencia, un efecto.
Dejan, aunque no lo percibamos, una huella en otras vidas”.*

Sergio Sinay , en “¿Qué vida vivimos?2 , pág. 15 Ed. Urano, 1 edición, 2014.

I.- INTRODUCCIÓN. CONTEXTOS. SIGNIFICADOS.

Los NNyA (Niños Niñas y Adolescentes) víctimas de delitos contra la integridad sexual y de trata de personas con fines de explotación sexual , cuando se encuentran, sin cuidados parentales² ya sea que estén institucionalizados o en

¹ Abogada graduada con Diploma de Honor en la Orientación en Derecho Penal (UBA 2000) , posgrado en Niñez Adolescencia y Familia y Negociación y Resolución Alternativa de Conflictos (UBA), Abogada en Niñez Adolescencia y Familia, Tº 72 Fº 772 C.P.A.C.F.. Mediadora Mat. 4389 M.J.D.H.N. Abogada del Niño. Miembro del “Registro de Auxiliares de la Justicia” (Tutora, Curadora) , Consultora técnica de **RATT Internacional** (Red Alto al Tráfico y a la Trata de Personas) y conforma el equipo técnico de **Clamis** (Centro Legal de Ayuda Legal a Menores Internacionalmente Sustraídos). Asesora en Legislatura CABA. Ex miembro del “Registro de Abogados Amigos de los Niños “ del C.P.A.C.F., ex asesora de ong con hogares convivenciales “ *Asociación Civil San Benito José Labré*”.

² Ver Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el fortalecimiento del Derecho a la convivencia familiar y comunitaria, “ *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes Sin Cuidados*

dispositivos de albergue transitorio , sufren las repercusiones del delito con mayor fuerza. Su fragilidad se encuentra mayormente ahí de modo ostensible si nos atrevemos a verla. ³

Cuando el delito ha ocurrido debido a circunstancias especiales de vulnerabilidad ⁴, es la propia familia la que ha permitido el injusto penal o participa de modo directo en él, NNyA quedan emocionalmente en un lugar de sufrimiento. ⁵ Nuestro rol , entiendo, como profesionales , magistrados y operadores en niñez adolescencia y familia es en este caso salir a desplegar estrategias para aliviar ese sufrimiento.⁶

Desde mi práctica profesional advierto las siguientes peculiares circunstancias:

Parentales en la República Argentina , Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y Unicef en http://www.unicef.org/argentina/spanish/C_Parentales_final.pdf

³ Ponencia presentada por la suscripta en el Encuentro Provincial de Institutos de Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Quilmes 1 de noviembre de 2013. “ *Rol del abogado del niño , de NNyA , víctimas de trata de personas y abuso sexual. Intervenciones en sede civil, penal y administrativa. Articulaciones necesarias. Oportunidades procesales* “ que será publicada en la Revista Temas de Familia y Sucesiones de Tribunales Ediciones, N° 4 este año.

⁴ *Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (Acordada CS 05/2009) , trato de persona en “ condición de vulnerabilidad” , Art 1.- (3) *Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”*

⁵ Ver la cuestión nodal del delito de trata : vulnerabilidad , DELGADO, Federico y GONZÁLEZ, Marcela “ *Un desafío del sistema judicial : no cargar a la víctima con la obligación de probar el delito de Trata de Personas*”. EIDial DC1B4E, Publicado el 26/09/2013. “

⁶ “ Tal vez sólo se trate de garantizar la palabra. Esa palabra que repara, que alivia, que duele... pero luego de ser dicha da un nuevo sentido...” ALEMAN, India en “ *El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso.* “ RDF 62- 89.

- 1- Necesidad de garantizar en materia de acceso a la justicia de NNyA auténtica tutela judicial efectiva⁷ máxime cuando NNyA se encuentran sin cuidados parentales bajo el amparo del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de NNyA.
- 2- En materia de delitos contra la integridad sexual y trata de personas con fines de explotación sexual la indefensión de la víctima se ve acrecentada debido a la falta de conocimiento de sus derechos en materia de asistencia y patrocinio jurídico. La condición de vulnerabilidad social disminuye posibilidades reales de NNyA de ejercer sus derechos.
- 3- Conforme el principio de la “*capacidad progresiva*”⁸ de la CDN no siempre los NNyA querrán/ podrán constituirse en querellantes. En esos casos la figura del *Asesor de Menores* debe ser fortalecida en el proceso penal.⁹
- 4- Es necesario que la representación promiscua del *Asesor de Menores e Incapaces* cobre nueva virtualidad , representación directa, a la luz de los delitos

⁷ En este sentido ante el reproche a la falta de tutela judicial efectiva se activan los mecanismos de responsabilidad supranacional : “ *La Corte considera que puede generarse responsabilidad internacional para el Estado por atribución a éste de actos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos*” ABRAMOVICH, Víctor en “ *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “ Campo Algodonero “ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* “ pág. 8 , Buenos Aires, marzo 6 de 2013, JA 2013-I, fascículo n. 10, Abeledo Perrot.

⁸ “ Es que esta nueva visión del niño como sujeto, su valoración como sujeto de derecho, impone la necesidad de resignificar la obsoleta y rígida dicotomía entre capacidad e incapacidad propuesta por el Código Civil, que consagra la plena capacidad civil para el ejercicio de los derechos recién cuando se alcanza la mayoría de edad. Con ello, queremos decir que la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su posterior jerarquización, el régimen de la capacidad civil ha sido puesto en jaque.” SPERR, Diego E. en “*Cuestiones problemáticas que plantea la figura del abogado del niño en el ámbito del derecho civil*” RDF 61- 150

⁹ Ver arts. 54, 55 y 56 de la Ley 24.496 impone la intervención del *Defensor Público de Menores e Incapaces* en forma promiscua y en particular la lectura del inciso c) a los fines de : “ *c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal: fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.*” (art. 54 Ley 24.496)

de criminalidad organizada que hoy tienen como víctima a NNyA, tales como la trata de personas de NNyA con fines de explotación sexual sin perjuicio de la constitución como querellante de sus representantes legales o del propio NNyA con “*abogado del niño*” .

- 5- Se impone la necesidad de que NNyA víctimas de delitos contra su integridad sexual y de trata , máxime en situaciones de niños en conflicto con los intereses de sus propios representantes legales, leáse por haber sido vulnerados por ellos mismos, o sin cuidados parentales (“ institucionalizados”) se les explicita su derecho a contar con “ *abogado del niño*” y a ser asesorado debidamente antes de participar en cualquier acto que los involucre.
- 6- Es necesario evitar la revictimización de NNyA y necesidad de que la obligación de atender a la articulación que se impone en la materia descansa sobre el “ *abogado del niño*” .¹⁰
- 7- Ante la lesión a los bienes jurídicos de NNyA , un auténtico **sistema acusatorio y adversarial** permitirá que las partes desplieguen todo tipo de estrategias para convencer al juez de sus narrativas. En este caso será el *Asesor de Menores e Incapaces* y el “ *abogado del niño*” dos figuras en el proceso penal que pueden coexistir , los que actuarán con roles diferenciados en paridad con el defensor del imputado y el fiscal.
- 8- Necesidad de empezar a cambiar las prácticas judiciales en el ámbito penal cuando NNyA son víctimas de delitos. Su condición de vulnerables y las dificultades para participar en los procesos penales que les concierne, los

¹⁰ “ De esta forma, la situación de un niño víctima de un delito en general, y particularmente de un delito de Abuso sexual, más aún si el mismo proviene del ámbito intrafamiliar, reviste las condiciones de máxima vulnerabilidad, que el Estado en general, y el Ministerio Público y el Poder Judicial en particular, están obligados a proteger y compensar mediante la adopción de medidas de acción positivas.”p.1 CASEY, María Inés, en “ *Los niños víctimas de delitos y el rol del asesor de incapaces en el proceso penal* “ Publicado en: LLNOA2011 (febrero), 1

revictimiza, consolida su privación de voz, vulnera su dignidad. No se logra neutralizar el daño al proyecto de vida que continua.¹¹

II.- CUERPO CENTRAL. PROPUESTA. FUNDAMENTACIÓN.

En este sentido, se muestra como un camino de restitución de los derechos vulnerados de NNyA , construir un piso mínimo de garantías operativo donde se pueda anclar la adecuada representación de los intereses de NNya víctimas en el proceso penal.¹²

El niño siempre podrá conforme su “ *capacidad progresiva*” y peculiares circunstancias vitales constituirse en querellante con su propio abogado del niño¹³ y/o sólo ser asesorado por éste antes de la declaración testimonial en Cámara Gesell y en forma independiente y concomitante el Rol del *Defensor de Menores*

¹¹ Vale aquí recuperar estas notas: “ El “ *proyecto de vida*” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone” p. 88 y “ En lo que interesa a la Argentina, en “ Bulacio “ el 18/9/2003, la CIDH incluyó el daño al proyecto de vida en el daño inmaterial; o sea lo reconoció, pero no como daño autónomo a los fines de su liquidación. “ P. 89 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en “ *Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* “ , Buenos Aires, marzo 6 de 2013, JA 2013-I, fascículo n. 10, Abeledo Perrot.

¹² Documento medular si trabajamos con NNyA víctimas de consulta obligatoria , Consejo Económico y Social , Naciones Unidas Resolución 2005 /20 “ *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.* “ IX *Derecho a una asistencia eficaz.* 22. *Los niños víctimas y testigos de delitos y, (...) . Toda asistencia de esta índole deberá atender a las necesidades del niño y permitirle participar de manera efectiva en todas las etapas del proceso de justicia*”. Y ver “ Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos” aprobadas en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, 2008, especialmente la Guía N°9 , en “ *Violencia Sexual, Trata y Explotación Sexual de Niñas y Niños, Modalidades, Prevención, Protección y Restitución de Derechos*, NAVARRO, María Alba, Ediciones Alveroni, Primera Edición, 2013, pág 380 y ss.

¹³ Jurisprudencia publicada que admite la constitución de NNyA como querellantes. ABELEDO PERROT N°: 70039004 **Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I Fecha: 18/03/2004 Partes: S., L. P.PROCESO PENAL (EN GENERAL) - Sujetos procesales - **Querellante** particular - Derecho del menor víctima a ser oído - Reconocimiento del carácter del **querellante** - Delito cometido por sus padres. Magistrados: Bruzzone , Elbert , Donna Causa N° 00-049307-12 s/delito de lesiones leves agravadas por el vínculo en contexto de violencia familiar - JUZGADO DE GARANTÍAS N° 8 DE LOMAS DE ZAMORA (Buenos Aires) – 27/03/2013 elDial.com - AA7DEB Publicado el 19/04/2013 . **Inédito:** Causa 8667/2012 “ *QUINTANA, Manuel s/ Priv. Ileg. Libertad y otros*” Juzgado Federal N°4 . en materia de trata de personas una adolescente se constituye como querellante con su abogado del niño art. 27 inc. c Ley 26.061, que es la ponente.

adquirirá un nuevo sesgo en carácter de **parte** en el proceso todo ello bajo pena de nulidad.¹⁴

OPORTUNIDAD: en el momento de que la jurisdicción toma conocimiento de una denuncia de delitos contra la integridad sexual o de trata de NNyA se deberá notificar en forma inmediata al *Defensor de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales* para que tome intervención en el caso como parte y tenga contacto directo e inmediato con el NNyA.

Asimismo, cuando desde la jurisdicción, se toma conocimiento de una denuncia cuya víctima sea NNyA se deberá notificar al denunciante , aún cuando el denunciante sea el representante legal, de que el NNyA puede contar con patrocinio letrado propio “ *abogado del niño*” y constituirse en querellante. A este efecto, se deberá brindar al denunciante la información en forma escrita de los centros , profesionales que pueden brindar dicho patrocinio y asistencia jurídica en forma gratuita para NNyA.

Privar al *Defensor de Menores e Incapaces* del carácter de parte en situaciones de delitos cometidos por el propio entorno familiar o con su aquiescencia contribuye a vulnerar los derechos de NNyA víctimas. Que se le notifique de las resoluciones sin posibilidad de recurrir se transforma en un mero artificio jurisdiccional que violenta las garantías de la víctima NNyA. Será sólo el carácter de parte el que le

¹⁴ “ (...) el art. 96 ter, Código de Procedimientos Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén , prevé específicamente la actuación del asesor de menores del art. 59., C.Civil, en el proceso penal y le otorga el carácter de parte, equiparándolo al querellante particular. Su actuación está limitada a los delitos contra la integridad sexual y , asimismo, es obligatoria, en tanto que el legislador conmina a su ausencia en el proceso con la sanción de la nulidad”. MAZZARELLA, Yanina en “ *La defensa del menor víctima en el proceso penal*”, RDF 2012- III, pág. 147. Recomiendo la lectura de este comentario a fallo que ofrece una visión clara de la cuestión penal para los NNyA víctimas.

permitirá ostentar y desplegar todas las estrategias judiciales para exigir la adecuada investigación y persecución del delito del que se trate.¹⁵

GARANTÍA DE ASESORAMIENTO JURÍDICO PREVIO: En este orden de ideas, si NNyA víctima de delitos es menor de 16 años de edad, siendo aplicable el art. 250 bis CPPN , o en su caso mayor de 16 pero menor de 18 años, art. 250 ter CPPN, NNyA deberá ser asesorado por un letrado, “ *abogado del niño*” antes de que dicha diligencia se desarrolle bajo pena de nulidad. Ello sin perjuicio de que el niño podrá constituirse en parte querellante.¹⁶

En cualquier caso, ya sea que el NNyA designe o no “ *abogado del niño*” y ya interviniendo el *Defensor de Menores* de manera ineludible, se deberán articular las intervenciones con la sede civil y el órgano local de protección de derechos para que el NNyA institucionalizado, separado de su familia en medio alternativo mediante acogimiento familiar o en guarda provisoria con familia alternativa o ampliada con motivo de la comisión del delito del que es víctima, logre su restitución de derechos de forma ordenada interdisciplinaria e integral.¹⁷

En estos casos se impone la articulación necesaria entre los profesionales y funcionarios que intervienen en la sede penal y los que intervienen en sede civil y administrativa sin perjuicio de que las incumbencias estén bien delimitadas.¹⁸

¹⁵ Consultar la excelente reseña jurisprudencial en la materia que CASEY sintetiza de modo ilustre en el apartado V. de su artículo págs. 4- 8, CASEY, María Inés, en “ *Los niños víctimas de delitos y el rol del asesor de incapaces en el proceso penal* “ Publicado en: LLNOA2011 (febrero), 1

¹⁶ “ Los niños víctimas de abuso sexual infantil (en adelante, ASI) aprenden que su voz no tiene eco ni valor”. BAITA, Sandra en “ *La voz del niño en casos de abuso sexual infantil*” p. 53, RDF 62- 53

¹⁷ Ver bajo el título “ *Reconstrucción del Proyecto de Vida* “ en el documento “ *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*”. MPF.

¹⁸ Ver bajo el título “ *Deslinde de Incumbencias*” En Resolución PGN 94/09 Anexo I. y el documento “ *Lineamientos para la Asistencia de las Víctimas de la Trata de Personas*

El *Defensor de Menores e Incapaces* deberá tener una primera entrevista con NNyA antes de la realización de cualquier diligencia bajo pena de nulidad.

DERECHOS DEL IMPUTADO: No encontramos óbice a que se implemente lo propuesto considerando la necesidad de una reforma del código procesal penal de la Nación con sesgo acusatorio y adversarial. Por otra parte el sistema de notificación electrónica que se está implementando acelera y torna simultáneo el cumplimiento de las diligencias de notificación.¹⁹

EQUIPO TÉCNICO JUZGADOS PENALES . INTERDISCIPLINA. : se requiere la construcción de equipos técnicos en los juzgados penales conformados de un trabajador social y un psicólogo debido a la necesidad de impregnar las intervenciones de sensibilización, género ya que el conflicto penal está atravesado por cuestiones sociales en casos donde hay NNyA. El delito como tal trae a la justicia penal un conflicto multicausal y que como fenómeno no es abordado de manera respetuosa de los derechos de las víctimas. Se muestra conducente aceptar las relaciones y vínculos de cooperación con los profesionales de salud mental y operadores en materia de niñez adolescencia y familia para que al escucha del NNyA tenga auténtico significado.²⁰

Enseñanzas y Reflexiones desde el Ministerio Público Fiscal. La experiencia de la oficina de Asistencia Integral a la Víctima del delito de la Procuración General de la Nación (OFAVI)”, UFASE.

¹⁹ Ver más sobre la inconstitucionalidad del Código Procesal que establece la necesaria intervención del Defensor de los Derechos del Niño en carácter de querellante en Neuquén, LUCERO, María Victoria, “*Infancia y Derechos: Radiografía crítica de la ley 26.061 Escenarios provinciales, normativos, institucionales y jurisprudenciales*”, p. 91, Editorial Eudeba.

²⁰ “ En cuanto al momento procesal en el que el niño debe ser escuchado ... (..) el proceso judicial suele insumir una duración prolongada, a la vez que el proceso de conformación de la opinión del menor sobre su suerte en éste también es con frecuencia dinámico. El niño puede razonablemente cambiar de idea y hasta de afectos a lo largo del proceso judicial, por lo que su escucha debe realizarse las veces que ello sea necesario, aún en varias sesiones y en todas las etapas judiciales en las que sea necesario tomar, confirmar o revocar una decisión que lo afecte en forma directa”. PETTIGIANI, Eduardo J. “ ¿Por qué escuchar al niño o adolescente y cómo escucharlo? “, RDF 53-7.

PROCESOS DE IMPUNIDAD. PROCESO COLECTIVO DE

RESTITUCIÓN DE DERECHOS NNyA: “ *Acá intervienen ya demasiadas personas* “

(sic) se atreve a expresar un funcionario de primera línea de un juzgado penal federal en voz alta ante la intervención de la *Defensoría Pública de Menores ante los Tribunales Orales* en una causa de trata de niñas preadolescentes con fines de explotación sexual.

Los procesos de restitución de derechos de NNyA sin cuidados parentales exigen la necesaria colaboración de diversos actores e instituciones para articular la implementación de política pública de modo efectivo. Si no operamos deslindando incumbencias no asistiremos al ungimiento de un héroe sino a un operador que terminará con síndrome de burn- out.

Vale aquí citar el principio de efectividad de la Convención de los Derechos del Niño en su art. 4 : “ *Los Estados Partes adoptarán **todas** las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*” (El resaltado me pertenece)

III.- REFLEXIÓN FINAL.

Atender a las necesidades de dar un trato diferenciado a los NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual y de trata implica accionar en pos de su tutela judicial efectiva.

Para ello el rol del “ *abogado del niño*” garantizando el asesoramiento jurídico especial y personal del NNyA víctima y del *Asesor de Menores e Incapaces* en carácter de **parte** es medular en la medida en que el proceso de restitución derechos

implica también perseguir el delito y empoderar al niño. De nada sirve “ detectar “ o “ rescatar “ a NNyA víctimas de delitos para pretender que su memoria no guarde el recuerdo del hecho que violó sus bienes jurídicos. Como adultos tenemos la obligación de salir al encuentro ciudadano con herramientas y estrategias consustanciadas con sus derechos humanos.

Garantizar la tutela judicial efectiva a NNyA víctimas sin cuidados parentales es un compromiso ineludible del Estado Argentino para con sus ciudadanos , niños, niñas y adolescentes. Es tiempo de superar el discurso del “ Basta “ y empezar a hacer para restituir derechos de ese “ otro” que nos convoca hoy para su mejor mañana.

La infancia sólo es hoy y las respuestas idóneas para atemperar los daños cometidos a NNyA están en nuestras manos. Aquí y ahora.

Laura Selene Chaves Luna

Mayo de 2014

MAIL: [info@chavesluna.com.ar/](mailto:info@chavesluna.com.ar) abogadodelnino@chavesluna.com.ar

DIRECCIÓN: Montevideo 126, 3 Piso (1019) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

SITIO WEB: www.chavesluna.com.ar