

“CONTROL, DELITO Y DESVIACIÓN: UN FALLO DONDE PARECIERA QUE LA VÍCTIMA NO ES VÍCTIMA... NI TAMPOCO NIÑO”

KOWALENKO¹, Andrea Silvana
VALOR², Diana María de las M.
Universidad Nacional de Córdoba
andreakowalenko@yahoo.com.ar
di-valor@hotmail.com

«Para alguna categoría de individuos el mero hecho de existir implica la condena de otros³.»

I. INTRODUCCIÓN

En 1959, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que constaba de 10 principios. Esta Declaración tuvo en especial atención a los niños, quienes por su falta de madurez, necesitan de protección y cuidados especiales a lo largo de toda su infancia, o menor edad.

La finalidad de la Declaración, y su posterior instrumentación en la denominada Convención de los Derechos del Niños, esta orientada a lograr que estos pequeños sujetos

¹ Kowalenko, Andrea Silvana. Abogada UBA. Especialista en Derecho de Familia UNC. Diplomada en Desarrollo Humano con perspectiva de género UNC. Adscripta a la Cátedra “B” –Dra. Lloveras - de Derecho Privado VI - Familia y Sucesiones- y a la Cátedra “B” –Dr. Lista – de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: andreakowalenko@yahoo.com.ar

² Valor, Diana; Abogada UNC. Especialista en Derecho de Familia. Mediadora. Investigadora. Adscrita cátedra “B” Derecho Privado VI, Facultad de Derecho UNC. Funcionaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: di-valor@hotmail.com

³ MACIONIS, John J., PLUMMER, Ken; Sociología, 3ª edición, Pearson PrenticeHall, 2007, Madrid, p.435.

puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades fundamentales por ser niños, pero por sobre todo por ser humanos.

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo primero dice que “... se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años...”.

Nuestro sujeto de derechos entonces es la persona que no ha alcanzado la mayoría de edad conforme lo establece el Código Civil con la modificación introducida por la Ley N° 26.579⁴.

El niño es un ser integral, que ha dejado de ser el receptor pasivo de una serie de beneficios, el niño se ha convertido en el titular de sus derechos. Es persona con todas las letras, con una particularidad... está creciendo.

Por ello “La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”⁵.

1. La victimología

Muy sintéticamente, por no ser el centro de estudio del presente trabajo, diremos que, desde antigua data, la criminología ha centrado su estudio de manera unilateral, esto el delito mirado desde el punto de vista del delincuente⁶.

Por su parte la victimología, centra su estudio en las víctimas del delito⁷.

El estudio de la víctima es una situación compleja, que trasciende el puntual problema económico o del resarcimiento económico de las mismas. Marchiori (1997) identifica tres etapas en la evolución de los estudios victimológicos. La primera etapa, a partir de 1945, cuando comienza a hablarse de la víctima del delito y de su relación con el delincuente. En esta dinámica, hay una tendencia a considerar a la víctima como responsable; aparece la “pareja penal” (victimario-víctima), actores protagónicos de los delitos comunes. En la segunda etapa, se reconoce la importancia de realizar

⁴ C.Civ. Artículo 126: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.

⁵ Declaración de los derechos del Niño, ONU Asamblea General Resolución 1386 (XIV), ONU, Doc. A/4354, 1959.

⁶ Cfr: MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, p. 1. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

⁷ Cfr: MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, p. 1. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

investigaciones sobre la víctima, de establecer metodologías específicas para tratar la problemática y de brindar a la víctima la información necesaria sobre sus derechos y sobre la reparación del daño. La tercera etapa, llamada “nueva victimología”, implica una clara consideración de la victimización familiar y social, así caen bajo la lupa temas como maltrato familiar, mujeres golpeadas, incesto, abuso sexual de menores, corrupción de menores, víctimas de la violencia social, de la delincuencia organizada, del aparato estatal, entre otros⁸.

2. Los sujetos protagonistas del delito

Los protagonistas en la comisión de un delito son dos: el sujeto activo que es quien realiza la conducta típica, antijurídica y culpable; y el sujeto pasivo, que es aquel sobre el que recaen las consecuencias dañosas del accionar del primero.

El sujeto pasivo es el que comúnmente conocemos como “víctima”.

La víctima “es la persona que padece la violencia por causas del comportamiento del individuo – delincuente – que trasgrede las leyes de su sociedad y cultura⁹”; “la víctima es la persona que padece un sufrimiento físico, emocional y social a consecuencia de la violencia, de una conducta agresiva- antisocial¹⁰”.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹¹ proclamada por Naciones Unidas en 1985, en su artículo 1º se lee: “Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

⁸ Cfr.: MARCHIORI, Hilda, *La Víctima del delito*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, p. 1.

⁹ Cfr: MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, p. 2. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

¹⁰ MARCHIORI, Hilda, “Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas”, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 1. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-534s.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

¹¹ Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr30.pdf>

La víctima y el victimario se relacionan complejamente a través de la situación delictiva.

3. Los niños víctimas de delitos

Los niños quedan incluidos en el concepto de “víctimas vulnerables”. Es decir son aquellas personas que por sus características propias no pueden defenderse ni reaccionar frente a la agresión, tampoco pueden percibir el peligro o la captación¹² por parte del sujeto activo¹³.

II.- UN FALLO DONDE PARECIERA QUE LA VÍCTIMA NO ES VÍCTIMA... NI TAMPOCO NIÑO

La Cámara de Acusación de Córdoba, con fecha 29 de marzo de 2011, resolvió la apelación deducida contra el auto interlocutorio dictado por el Juzgado de Control N° 2 de Córdoba en los autos “ORLANDO, Fernando David p.s.a. Abuso Sexual con acceso carnal – apelación defensiva”¹⁴.

Veamos los hechos y la resolución judicial.

1. Los hechos del fallo

La defensa técnica del imputado apela el acto interlocutorio del a quo por el cual rechaza el control jurisdiccional en contra de la detención ordenada por el Fiscal de Instrucción.

12 Hablamos de captación para referirnos a los mecanismos de seducción gradual que utiliza el abusador sexual.

13 MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, en *Delito y Seguridad de los Habitantes*, México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, pp. 7-8. Disponible en:

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

¹⁴ Cámara de Acusación de Córdoba, 29/03/11, Auto N° 116. “ORLANDO, Fernando David p.s.a. Abuso Sexual con acceso carnal – apelación defensiva”, publicado por *Semanario Jurídico* N°: 1811, 16/06/2011.

La causa tipificada como abuso sexual con acceso carnal tuvo lugar cuando el imputado, persona mayor de edad, a cambio de dinero, se hace acceder sexualmente por un niño de la calle de 13 años de edad, en virtud de ello se le imputa la supuesta comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal en los términos del art. 119 inc. 3 del Código Penal.

2. La sentencia

En primer lugar el vocal autor del voto mayoritario¹⁵, deja sentado que los agravios expuestos se limitan a poner en relieve el propio punto de vista en relación con el mérito de la causa, pero que de ninguna manera pone en crisis la argumentación del inferior, la cual, entiende que es correcta.

De hecho dice el juzgador que “resulta *probable* que el imputado... haya mantenido un trato sexual con aquél a cambio de un monto dinerario ya que, en tal dirección, esas referencias aparecen sustentadas, a su vez, por los elementos de juicio que el *a-quo* cita en la decisión que aquí se le critica (dichos de sus amistades, del personal policial y presencia seminal en el hisopado anal efectuado al imputado de mención)”.

No obstante, sin que se haya agraviado en ello la parte recurrente, por aplicación del principio de *iura novit curia* ingresa al tratamiento de la calificación legal del delito: “...Si bien este asunto no fue señalado como punto de agravio por el defensor, no es menos cierto que, con base en el principio *iuria novit curia* (CPP, art. 410) me permito, en adelante, ingresar en la cuestión. Al respecto, esta cámara ya ha sostenido que el “principio *iuria novit curia*”, adecuadamente interpretado, permite a este tribunal ingresar en el tratamiento de la calificación legal o subsunción jurídica dada al hecho por el *a-quo*, aunque no haya sido su examen punto de agravio específico del apelante, con sólo dos condiciones limitativas: en primer lugar, que el recurso sea al menos formalmente admisible en lo demás; y, en segundo lugar, que ese reexamen jurídico no importe una violación de la prohibición de la *reformatio in peius*, en los términos del art. 456, último párrafo del CPP...”

¹⁵ Dr. Pérez Barberá.

A este respecto dice que el caso no se configura la figura de abuso sexual con acceso carnal –artículo 119 inc. 3¹⁶ del Código Penal - pues esa figura delictiva requiere por parte del sujeto activo la introducción total o parcial del miembro viril en la vagina o ano de la víctima, conductas que en el caso habrían sido realizadas por el menor: “...acciones estas que, por obvias razones, sólo pueden ser ejecutadas por el individuo varón, pero que, según el relato hasta hoy existente, no se han perpetrado por parte del imputado ... en la persona del menor ...”.

Sin desconocer la reforma operada por la ley N° 25.087, que amplía al sujeto activo incluyendo a las mujeres u hombres que se hacen penetrar por la víctima, enumera las posiciones doctrinarias a este respecto, y argumenta que “...De cualquier manera, independientemente de la postura asumida, lo cierto es que tampoco se han evidenciado en el caso ninguno de los modos o medios típicos de realización enunciados por la respectiva norma penal, y ello, sin duda alguna, deja al hecho fuera del mencionado tipo penal. Es que no sólo no nos encontramos frente a una víctima menor de 13 años de edad ..., sino que, además, tampoco existe entre ambos protagonistas alguna de relación de superioridad o dependencia por el cual aquella, violentada, haya accedido a la pretensión del autor. Tampoco estamos frente a una víctima privada de razón, de sentido, o que tenga causal que le impida resistirse: vale recordar que fue esta última la que voluntariamente concurrió al departamento del traído a proceso, siendo consciente de que algún tipo de trato sexual podía tener con el nombrado, lo que finalmente accedió por decisión y voluntad propia, sin haber sido objeto de violencia, engaño o amenaza en la ocasión. Basta con apreciar la declaración del menor ... -*supuesta víctima*- y de sus dos amigos como para darse cuenta de ello...”.

Tampoco encuadra en el delito de promoción o facilitación a la corrupción de menores, pues esta figura requiere dolo directo que consiste en la intencionalidad en la actuación del autor en procura de la depravación de la víctima.

Para que el acto sea depravado debe ser *excesivo* o impregnado de lascivia extraordinaria. Y en caso no se da este carácter por ser la víctima un sujeto varón de 13 años al momento del hecho y estar “expuesta a una condición de marginalidad y

¹⁶ Código Penal, antiguo artículo 119 inc. 3° “Será reprimido con reclusión o prisión de 6 a 15 años, el que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo.... 3) cuando usare fuerza o intimidación”.

promiscuidad integral; tampoco puede decirse que se trate de un acto llevado a cabo *precozmente*".

Mucho menos, dice, ha existido corrupción de menores pues el carácter homosexual del acto no lo convierte por sí mismo en desviado o depravado; ya que actualmente se acepta el matrimonio entre dos personas del mismo sexo¹⁷.

Dice expresamente "...A poco de ahondar en las circunstancias del suceso investigado, entiendo que la actividad sexual evidenciada por la prueba de autos no sólo carece de la aptitud suficiente como para corromper o depravar al menor, sino también de una intencionalidad dirigida a ese fin. En efecto, no puede decirse que, en este caso, el acto sexual haya sido excesivo desde que es obvio que está lejos de verse impregnado de una lascivia extraordinaria. Por otro lado, considerando que la víctima es un sujeto varón, que cuenta ya con 14 años de edad y, por lo demostrado, expuesto a condición de marginalidad y promiscuidad integral..., tampoco puedo decir que nos encontremos frente a un acto llevado a cabo precozmente. Mucho menos puede decirse que en este caso haya existido corrupción de menores por el carácter homosexual del acto practicado (consta en autos que el mayor sería efectivamente homosexual ya con anterioridad), dado que sostener ello importaría afirmar que la homosexualidad importa, *per se*, un acto sexual "desviado", o "anormal" o "depravado", lo cual va en contra no sólo de la legislación vigente (que en tanto admite el matrimonio entre personas del mismo sexo acepta implícitamente la posibilidad de que los contrayentes sean homosexuales, y ello importa una clara demostración de la neutralidad estatal respecto a la calificación de la homosexualidad o de la heterosexualidad como práctica sexual "normal"), sino también de la opinión más actualizada de los especialistas, que la propia CSJN citó...promover la corrupción, ...es muy distinto a desahogar el propio instinto sexual, aunque este objetivo pueda representar la meta final del autor".

Tampoco se encuadra en la promoción o facilitación de la prostitución ya que no hay habitualidad en los tratos sexuales".. Es que no se promueve ni facilita un modo de vida con un solo acto carnal, por más lucro que existiere en la ocasión...".

¹⁷ Ley de matrimonio civil N° 26.618.

Finaliza el fallo infiriendo la ausencia de riesgo cierto de que el imputado vaya a entorpecer la investigación y/o fugarse, por lo cual por mayoría resuelve cambiar la calificación legal a abuso sexual con aprovechamiento por inmadurez de la víctima (artículo 120 CP) y revocar la orden de detención: “... en lo que atañe a la cuestión de la libertad del imputado Orlando, resulta evidente que la imputación subsistente –a partir de este cambio de calificación legal operado- para nada impide, *prima facie*, la aplicación de la condena condicional (arg. art. 26 del CP), pues –a mi entender- es claro que en el eventual caso de recaer condena, ésta, por ser la primera condenación y en función del mínimo legal aplicable (que parte de un mínimo de 3 años de prisión o reclusión), evidentemente sí puede ser impuesta bajo aquella modalidad. Es que las circunstancias del hecho acaecido no exceden -a mi criterio- de la modalidad propia de comisión de un delito de estas características, por lo que nada impide que en caso de eventual condena la pena se situé en ese mínimo legal...”.

3. El voto minoritario

La minoría conformada por el Dr. Salazar –cuyo voto rescatamos- considera que la calificación legal corrupción de menores es adecuada, reuniendo los caracteres que la doctrina considera tipifica el delito, ellos son perversidad y depravación. Esta última en el sentido de vicio, adulteración o perversión, así la conducta es “perversa” pues corrompe las costumbres, el orden y/o el estado habitual de las cosas. Pero además, cuando contradice parámetros sociales y culturales que, por aceptados son considerados normales o habituales, “...Y debiéndose entender que depravar es tanto como viciar, adulterar, pervertir a alguien, me pregunto entonces si O., al actuar como antes se dijo, no buscaba viciar las buenas costumbres o modos de vida de los menores al ofrecerles dinero a cambio de sexo, sin que importe en lo más mínimo la coincidencia de género existente entre ellos. Dicho de otra manera, el tinte de perverso de una conducta no sólo se encontrará relacionado con cuestiones que hagan referencia a su normalidad de acuerdo a las leyes naturales (vgr. actos de zoofilia), sino también a parámetros sociales o culturales que, por aceptados que fuesen,

sean considerados normales o habituales. Y el tener sexo por dinero con un menor de 14 años resulta, evidentemente, alejado del baremo antes mencionado”.

Afirma el vocal que se trata de “un mayor que, a cambio de dinero, mantuvo relaciones sexuales con un menor que había conocido minutos antes en la vía pública, quien presentaba evidentes signos de vulnerabilidad, lo que sin lugar a dudas puede ser calificado como el acto de alguien que pretendió con ello viciar a la víctima, es decir, corromperlo...”.

III.- LA VÍCTIMA Y LOS PARÁMETROS DE LOS QUE DICEN EL DERECHO

1. No todas las víctimas son igualmente víctimas

La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, establece en su art. 1º, como ya lo citáramos ut supra, el concepto de “víctimas”, pero el alcance es aún mayor ya que continua diciendo: “2. Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. Y el art. 3º expresa: “Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

Rescatamos de la declaración el art. 3º, en cuanto pone especial énfasis en establecer qué “se aplicará sin distinción alguna...” lo cual va a contrapelo del caso analizado y suscita una serie de interrogantes a saber, ¿este niño no encuadra en estos parámetros?, ¿este niño no merece la protección de las instituciones?, ¿este niño es víctima de discriminación por ser “un chico de la calle”?, ¿cuándo la ley penal habla de “menores”

distingue acaso entre “menores de su casa” y “menores de la calle” y aplica en consecuencia distintos criterios de juzgamiento?

Frente a todas estas preguntas, encontramos a priori una sola respuesta, que el juez produce una revictimización del menor, ya que distingue donde la ley no lo hace, discrimina por ser un chico de la calle y pareciera que por esta situación, no es “digno” de protección contra los perpetradores de su intimidad y de su desarrollo evolutivo “normal”.

2. La discriminación evidente

Del fallo puede extraerse que por ser marginal es promiscuo ... es promiscuo y marginal y por ello el acto no es depravado. Esta es la idea que estremece después de la lectura del voto mayoritario, así podemos interpretar que a los fines de determinar el encuadre de la conducta penal en la figura de promoción o facilitación a la corrupción de menores de edad, S.S. toma en cuenta “la experiencia del menor” y con ello la presunción de que como es un chico de 14 años expuesto a condiciones de marginalidad y promiscuidad integral no se tipificaría el delito citado, ya que no se darían las características de actos perversos, prematuros o excesivos.

Hace incluso, una interpretación curiosa de la legislación vigente, porque por ejemplo: La ley 22.803 en su art. 1º sostiene que son punibles los menores de 16 años, tomando este parámetro objetivo de la edad, porque entiende, que es a partir de esa edad el momento en que se adquiere madurez mental y por lo tanto se puede discernir la criminalidad de los actos. Conforme enseña Zaffaroni se trata de la “falta de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión¹⁸”.

Ahora bien, para ser víctima la “madurez se adquiere –según el criterio del fallo– por la “experiencia de vida”, una vida marginal y por lo tanto promiscua.

En esta instancia no podemos dejar de confirmar que este chico de 14 años ha vuelto a ser victimizado, primero en manos del perpetrador del delito, segundo en manos de la justicia.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 696.

3. El acceso a la Justicia

Los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Declaración citada, en su artículo 4 establecen que “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”. Para ello se reforzarán los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

Ante esta declaración vuelven a surgir interrogantes como por ejemplo: ¿Quién represento y defendió los intereses del niño? ¿Quién protegió su dignidad? ¿Dónde estaba su familia?, ¿...su representante promiscuo?, ¿...la sociedad?

Desde el paradigma de la protección integral instaurado por tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño –con la jerarquía constitucional que proclama el art. 75 inc. 22 de la C.N. – y la ley 26.061 se pregonaba a un niño sujeto de derechos, titular de derechos concretos y a figuras tales como el abogado del niño para su asistencia técnica.

4. El derecho a recibir asesoramiento jurídico, la figura del abogado del niño de la Ley N° 26.061

En el sistema legal argentino encontramos vigentes diferentes leyes que reglamentan desde distintas ópticas jurídicas la situación de los menores, así encontramos la ley 22803 (Régimen Penal de la Minoridad) y la ley 26061 (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

De la primera ley y a los fines de analizar el fallo en cuestión, tomamos los parámetros objetivos que establece –edad punible-, de la segunda, estudiamos las medidas

de protección para verificar como se evito, si se hizo, o se pudiera haber evitado la revictimización y la vulneración de los derechos del menor

Pero este joven de 14 años -13 años al momento del hecho - pareciera no entrar dentro del parámetro de las medidas de protección que establece la ley 26061, porque si bien a poco andar encontramos en la legislación la figura del abogado del niño, no aparece en el caso concreto. De este modo el art. 47 de la ley 26061 crea la figura del Defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes cuya función principal es la de velar por la protección y promoción de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del niño y las leyes nacionales. Cuyos ejes centrales son “1) Velar por la efectiva protección, promoción y defensa de los derechos del niño; 2) Supervisar el adecuado cumplimiento de los derechos del niño, sugerir reformas legislativas e institucionales, propiciar las prácticas socioculturales contrarias a la axiología de la CDN, defender a los niños frente a las amenazas o violaciones de sus derechos, promover y realizar investigaciones que favorezcan una mejor comprensión de las realidades de la infancia y favorecer instancias de información y concientización de los derechos del niño y 3) Constituirse en un ámbito democrático, respetuoso y confiable donde los niños puedan acercar sus inquietudes y presentar denuncias ante amenazas o vulneraciones a sus derechos promoviendo y fortaleciendo el derecho de los niños a participar activamente en las cuestiones atinentes a su vida¹⁹”.

Como enseñan Gil Domínguez, Fama y Herrera, con ésta representación “se crea un mecanismo de exigibilidad de los derechos de la infancia que actúa (o al menos debiera actuar) de modo autónomo, transparente, confiable y accesible²⁰”. Ello en consonancia con el principio de efectividad consagrado por el art. 29 del texto legal citado.

Resulta entonces prudente, empezar a pensar como articular ambos sistemas que, parecen compatimientos estancos, para hacer realidad los derechos humanos de todos los niños, incluso a quienes son etiquetados de “marginales”.

¹⁹ PERCEVAL, María Cristina, “La nueva institucionalidad de la ley 26061: La Defensoría de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en GARCIA MENDEZ Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26061*, Editores del Puerto- Fundación Sur, Buenos Aires, 2007, pp. 160-161.

²⁰ GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, 2007, Buenos Aires, p.624.

5. Asistencia Victimológica

La asistencia victimológica se refiere a los medios para ayudar a la víctima del delito. Se busca a través de esta asistencia disminuir las consecuencias de la conducta delictiva padecidas por la víctima y acompañar a la persona en las distintas instancias²¹.

No es un concepto que se limite a la actividad médico –sanitaria sino que incluye todos los ámbitos en los que la víctima va a interactuar con motivo del hecho dañoso.

La asistencia victimológica comprende el nivel asistencial-terapéutico y el nivel de orientación-información²².

El primer nivel responde a la respuesta inmediata institucional frente a la situación delictiva.

El segundo nivel en la asistencia victimológica, que es complementario del anterior, corresponde a la orientación, información y acompañamiento a la víctima.

En ningún momento surge del fallo que se hayan proveído medidas para evitar que este menor siga en un camino directo a la prostitución, a la real depravación, a convertirse, casi de seguro y con el alcance de unos pocos años más en “otro victimario”.

6. A propósito de las conductas desviadas

Toda sociedad se encuentra regulada por normas. Normas aquí incluyen los usos, las costumbres o bien las leyes, que varían de grupo social en grupo social, y que indican lo permitido y prohibido en cada sociedad.

La desviación es la violación de esas normas, que supone que previamente se defina ese sistema de normas; y luego que, se catalogue a las violaciones como trasgresiones reprochables²³.

²¹ Cfr: MARCHIORI, Hilda, “Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas”, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 5. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-534s.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

²² Cfr.: MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, Tomado del libro titulado *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997, pp. 11-14. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>, fecha de acceso 04/08/2011.

²³ MACIONIS, John J., PLUMMER, Ken; *Sociología*, 3ª edición, Pearson PrenticeHall, 2007, Madrid, p.434.

El delito es un tipo claramente específico de desviación, pues éste infringe leyes que sancionan con penas determinadas conductas. No todas las sociedades tienen la misma configuración social del delito. Incluso se ha dicho que el delito nos muestra los límites morales de determinada sociedad y que además puede ser visto como un mecanismo de cambio social²⁴.

La teoría del etiquetaje, contribución del interaccionismo simbólico, nos dice que “la desviación y la conformidad se definen no tanto por las acciones de las personas como por la respuesta del entorno social a esas acciones²⁵”. La desviación será siempre relativa, dependerá del contexto, de cómo los otros cataloguen la conducta.

El caso que analizamos tiene connotaciones particulares, pues el fallo en realidad estigmatiza a quien fue víctima del delito, desacredita al niño con calificativos tales como marginalidad, promiscuidad, lo saca de la “normalidad”.

Frente a un comportamiento que rompe la regla (viola la ley), no muestra a un perpetrador de la conducta delictiva secreto, no es percibido como desviado. El estigma de la víctima sirve para minimizar la ofensa de modo tal que se invisibiliza al delincuente.

IV.- REFLEXIONES FINALES

La Convención de los derechos del niño dice en su preámbulo que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Nuestro niño, o adolescente si se prefiere, parece haber quedado fuera de la Convención, o lo que es peor es dejado fuera por quienes administran justicia.

Las personas víctimas de delitos deben ser protegidas por el Estado a través de sus distintas instituciones. Para la sociedad no habrá Justicia, si a las víctimas no se las restituye en los derechos que el delito les arrebató.

Los profesionales de distintas disciplinas y los auxiliares de la justicia deben respetar y hacer actuar los principios establecidos en la Convención de los Derechos del

²⁴ MACIONIS, John J., PLUMMER, Ken; *Sociología*, 3ª edición, Pearson PrenticeHall, 2007, Madrid, p.435.

²⁵ MACIONIS, John J., PLUMMER, Ken; *Sociología*, 3ª edición, Pearson PrenticeHall, 2007, Madrid, p.435

Niño, en cuanto disponen: *Respetar la Dignidad* de todo niño como ser humano único y valioso; *No Discriminación*: Todo niño tiene derecho a un trato equitativo y justo, sin importar su raza, origen étnico o social, posición económica; *Mejores Intereses del Niño*: Todo niño, niña tiene derecho a que se le consideren prioritarios sus intereses fundamentales, lo que incluye el derecho a la protección y a la oportunidad de desarrollarse en forma armónica; *Protección*: todo niño tiene derecho la vida y a la supervivencia y a ser protegido de todo tipo de dificultades, abuso o negligencia incluyendo el abuso o negligencia de naturaleza física, psicológica, mental y emocional; *Desarrollo en un ambiente de armonía*: Todo niño tiene derecho a crecer en un ambiente de armonía y a un estándar de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el caso de un niño que ha sido traumatizado, en cada paso que se tome, debe permitirse que éste disfrute de un desarrollo saludable; *Derecho a la participación*: Todo niño, niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras, a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y que esos puntos sean tomados en cuenta.

Dice Mary Bellof que “La Convención (de los derechos del niño) se ha constituido en esta segunda oportunidad para millones de niños y niñas, y es deber de los juristas, que históricamente los han ignorado, trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda”.

El sistema penal también debe tomar nota de éste paradigma en cuanto de niños, niñas y adolescentes estemos hablando.

V.- BIBLIOGRAFÍA

GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA Marisa; *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar 2007, Buenos Aires, Rep. Arg.

MACIONIS, John J., PLUMMER, Ken; *Sociología*, 3ª edición, Pearson PrenticeHall, 2007, Madrid

MARCHIORI, Hilda, “La Víctima en la prevención integral del delito”, en *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, D.F., Editorial Siglo XXI, Programa Sistema Penal

Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, 1997. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029086.pdf>.

MARCHIORI, Hilda, “Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas”, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-534s.pdf>

MARCHIORI, Hilda, *La víctima del delito*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, República Argentina.

PERCEVAL, María Cristina, “La nueva institucionalidad de la ley 26061: La Defensoría de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en GARCIA MENDEZ Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26061*. Editores del Puerto- Fundación Sur, Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Ed. Ediar. Buenos Aires. Argentina 2002.