



**“LA CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO
VICTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR”**

TRABAJO FINAL DE GRADO - ABOGACIA

LUCIA PATRICIA DEZZI.

2012

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar
Lucía Dezzi



A mis padres por la confianza y el apoyo incondicional.



Resumen

El siguiente trabajo de investigación está orientado a analizar la capacidad que tiene el niño para hacer valer sus derechos ante el supuesto de maltrato infantil provocado por algún miembro de su familia. Es frecuente que la violencia familiar ejercida sobre el niño no se denuncie y quede en el ámbito interno de la familia, ya sea porque ignoran que ciertos actos configuren violencia, por temor o porque dar a conocer la situación podría acarrear la disolución del vínculo familiar. Por ello, es que a lo largo del trabajo, se identificaran las diferentes manifestaciones del maltrato infantil intrafamiliar y se expondrá como la víctima puede ejercer sus derechos a fin de evitar o hacer cesar este flagelo.

Abstract

The following work of investigation there is orientated to analyze the capacity that the child has to make cost his rights before the supposition of infantile mistreatment provoked by some member of his family. It is frequent that the familiar violence exercised on the child one does not denounce and stays in the internal area of the family, already be because they ignore that certain acts form violence, for dread or because to announce the situation might transport the dissolution of the familiar link. For it, is that along the work, were identifying the different manifestations of the intrafamiliar infantile mistreatment and it will be exposed as the victim it can exercise his rights in order to avoid or to make to stop this scourge.



INDICE

CAPITULO 1- TEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Introducción	Pág.7
1.2. Definición del problema de investigación	Pág.8
1.3. Objetivos de la investigación	Pág.9
1.3.1. Objetivos Generales	Pág.9
1.3.2. Objetivos Específicos	Pág.9

CAPITULO 2 - VIOLENCIA FAMILIAR

2.1. Noción	Pág.11
2.2. Requisitos que deben poseer los hechos violentos	Pág.14
2.3. La víctima	Pág.15
2.4. Maltrato Infantil	Pág.16
2.4.1. Diferentes manifestaciones del maltrato infantil	Pág.17
2.4.2. Maltrato Activo y Maltrato Pasivo.....	Pág.19
2.4.3. Diferenciación entre violencia parental y maltrato infantil en el ámbito familiar	Pág.20
2.4.4. El derecho de corrección de lo padres.....	Pág.21



CAPITULO 3 - FORTALECIMIENTO DEL NIÑO

3.1. El avance	Pág.23
3.2. El niño	Pág.25
3.3. Interés superior del niño.....	Pág.26
3.3.1. Contenido.....	Pág.27
3.3.2. Función	Pág.29
3.4. La tarea de respaldar el interés superior del niño	Pág.32
3.5. El derecho a estar libre de violencia	Pág.36
3.6. Medidas de protección de los derechos	Pág.37

CAPITULO 4 - CAPACIDAD PROGRESIVA

4.1. Régimen legal	Pág.40
4.2. La CDN y el Código Civil	Pág.40
4.3. Solución propuesta	Pág.42
4.4. Crisis del concepto.....	Pág.43
4.5. Materialización de la capacidad progresiva	Pág.45
4.6. El derecho a ser escuchado	Pág.46
4.7. El derecho a participar	Pág.48
4.7.1. La representación.....	Pág.49
4.7.2. El abogado del niño.....	Pág.50
4.7.3. Participación sin revictimización.....	Pág.53
4.8. La denuncia.....	Pág.55

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



4.8.1 La denuncia del maltrato y la capacidad progresiva.....	Pág.55
4.8.2. La denuncia del maltrato y el interés superior del niño	Pág.57
CONCLUSIÓN.....	Pág.61
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.66
ANEXO	
Anexo Informativo.....	Pág.71
Anexo Jurisprudencial.....	Pág.73
Anexo Documental.....	Pág.79



CAPITULO 1: TEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN

La problemática planteada para la investigación tiene como finalidad exponer de las exteriorizaciones que derivan de la violencia familiar, más concretamente del maltrato infantil, y la aptitud que tiene el niño frente a ello para hacer valer sus derechos.

En reiteradas oportunidades la violencia familiar pasa desapercibida, ya sea por la falta de conciencia acerca de lo que es considerado como violencia, o bien por la existencia del silencio. Así, la violencia queda encubierta por vergüenza de hablar del tema o intento de defensa de la privacidad familiar o miedo a una violencia mayor. Según Ossola (2011), en ocasiones la existencia de tabúes (que no habilitan una discusión abierta) o mitos (la violencia es innata al ser humano), consiguen mantener oculto este fenómeno.

Estas cuestiones son aun mas frecuentes en el caso particular del maltrato infantil las cuales dieron origen al análisis que se realizará en la investigación, a fin de evitar que el niño quede desprotegido en sus derechos.

En primer lugar se determinará que se entiende por violencia familiar y puntualmente aquella ejercida sobre menores.

Ante el supuesto de silencio por parte de quienes deben anotar la situación, será necesario detallar cual es la capacidad del niño para hacerlo y se distinguirá este concepto en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código Civil.



El niño, como sujeto de derecho, cuenta con amplias facultades para evitar que sus derechos sean vulnerados.

En la investigación se indagará acerca de los problemas que se pueden presentar al tratar de garantizar el interés superior del niño.

La información obtenida en este trabajo otorgará la posibilidad de profundizar en cómo el niño puede actuar ante los malos tratos de su familia siempre y cuando el Estado cumpla con sus obligaciones, como la de brindar la información necesaria para que el niño comprenda cuando es sujeto pasivo de violencia familiar.

1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo se manifiesta la capacidad progresiva del niño ante el supuesto de violencia familiar ejercida sobre el mismo?

Esta pregunta induce al replanteamiento de los siguientes cuestionamientos:

- ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplir los hechos denunciados como violencia familiar?
- ¿Qué es el maltrato infantil?
- ¿Quiénes deben amparar el goce efectivo de los derechos del niño?
- ¿Cómo se otorga prevención y atención a situaciones de maltrato infantil?
- ¿Qué es el interés superior del niño?
- ¿Cómo incide el interés superior del niño en la protección que el Estado debe garantizar?



- ¿Cuál es consecuencia de que el menor se oponga a una medida de protección excepcional?
- ¿Qué es la capacidad progresiva?
- ¿Es, el niño víctima, capaz de denunciar la violencia ejercida por parte de algún integrante de su familia?
- ¿Quién representa al niño ante la justicia, en los casos de violencia provocada por sus propios representantes legales?
- ¿Puede el niño estar en juicio?
- ¿De que manera se lograría la participación del niño en el proceso sin que suponga revictimización?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivos Generales

- Determinar el concepto de Violencia Familiar y los distintos modos de Maltrato Infantil.
- Analizar la Capacidad del niño para ejercer sus derechos.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Examinar el Principio Interés Superior del Niño.
- Describir de que manera el Estado debe prevenir el maltrato infantil.
- Indagar sobre la capacidad del niño para denunciar un hecho de violencia familiar.

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



- Identificar las distintas figuras que representan al niño víctima de maltrato infantil.
- Exponer los modos de evitar la revictimización del niño.



CAPITULO 2: VIOLENCIA FAMILIAR

2.1. NOCIÓN

Desde un rastreo etimológico, se identifica la palabra violencia como derivada de la raíz latina “vis” que significa fuerza, vigor, poder. A partir de esta aproximación inicial se percibe que la violencia implica el uso de la fuerza para imponer una voluntad. Es por lo general una forma de ejercicio del poder desequilibrado y abusivo (Ossola, 2011).

Martínez (2009) señala que prevalece la violencia en el marco de las relaciones en las que existe la mayor diferencia de poder, es decir, cuando exista una relación jerárquica entre víctima y victimario. Dentro del contexto familiar, el desequilibrio del poder responde a distintas categorías como género (superioridad del hombre sobre la mujer) o edad (adulto sobre el niño) que generan relaciones de dominio y subordinación. Por eso la superación del conflicto sólo puede lograrse si la víctima logra retomar el poder sobre sí misma.

Es importante destacar las modalidades que puede asumir la violencia, según Ossola (2011) se distinguen la violencia directa de la indirecta. La primera es aquella entendida como la agresión dirigida de manera precisa y clara con destino a quien la sufre. La violencia indirecta es el empleo, de manera sutil, de medios que actúan sobre el pensamiento y la conducta del sujeto receptor de la misma, por ejemplo inducir al individuo a aceptar la violencia como realidad normal. Siguiendo el análisis que realiza el autor puede clasificarse a la violencia según la naturaleza de los actos violentos, de manera que distingue la violencia

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



física, la psíquica, la violencia sexual y la económica, las que serán analizadas puntualmente con respecto al maltrato infantil.

A veces las personas involucradas no se reconocen como inmersas en un cuadro de Violencia Familiar, pues muchas de sus características coinciden con el perfil tradicional de las antiguas familias en las que un varón ejercía un poder absoluto y todavía funcionan en nuestra sociedad supuestos implícitos que nacen del antiguo modelo de organización familiar en la cual los padres tenían poder de imponer sus mandatos y autoridad sobre sus hijos aun mediante actos lesivos a su integridad corporal o psíquica, el derecho de corrección que ejercían sobre los menores implicaba el ejercicio legítimo de un derecho y sus consecuencias, aun cuando fueran perjudiciales, eran justificadas.

Aun hoy, hay quienes miran con mayor tolerancia los comportamientos coercitivos en el espacio privado sin analizar las consecuencias de éstos, que por lo general, se traducen en trastornos del comportamiento del niño, traumatización vicaria, depresión, ansiedad, fatiga crónica, cinismo, sensibilidad aumentada a la violencia, pesadillas, insomnio, desconexión de las personas amadas, aislamiento social y en casos de extrema violencia física se puede hablar de quemaduras, cortes, acceso carnal, traumatismos y hasta la muerte. Esta situación da lugar a una de las formas en que se naturalizó la violencia y quedó oculta dentro del contexto social en el curso de la historia.

La Ley de Violencia Familiar de la Provincia de Córdoba¹, en su artículo 3º expresa que “A los efectos de la presente ley, se entenderá por *violencia familiar*, toda acción omisión o abuso dirigido a dominar,

¹ Ley 9283. Sancionada en Marzo de 2006.

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito familiar, aunque esa actitud no configure delito”.

La violencia familiar suele denominarse también como violencia domestica o intrafamiliar. La ley habla de “violencia familiar” y no de violencia domestica, entendiendo a esta última como aquella que se produce en el espacio donde se habita. Considerando el termino violencia familiar como una concepción más amplia que abarca hechos violentos ocurridos fuera del hogar (Gomez, 2007).

Se habla de grupo familiar, con un sentido abarcativo. Según expone Martínez (2009), se entiende comprendido por los cónyuges o concubinos, parientes consanguíneos, adoptivos y afines, haya o no cohabitación e incluso si ha cesado el vínculo.

Los cuadros principales de violencia familiar son el maltrato infantil, la violencia conyugal, el maltrato a ancianos y el maltrato a discapacitados.

Grosman (2002) sostiene que la violencia familiar comprende las agresiones físicas, las acciones u omisiones que produzcan perturbaciones psíquicas, el abandono emocional y físico, las diversas modalidades lesivas a la integridad y libertad sexual y la llamada violencia económica, que consiste en privar a la víctima de la administración de sus bienes mediante conductas que perturban el derecho a la propiedad. Según el Art. 5 de la Ley 9283², el propósito de la violencia económica es coaccionar la autodeterminación de la víctima.

² Ley de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba.



2.2. REQUISITOS QUE DEBEN POSEER LOS HECHOS

VIOLENTOS

Los hechos denunciados como violencia familiar deben reunir ciertos recaudos que según Ossola (2011) son necesarios para admitir el reclamo, menciona:

Gravedad: este requisito supone que la conducta del agresor ha de configurar por su magnitud, peligrosidad y riesgo, un comportamiento calificable como violencia familiar. Es fundamental que se trate de un hecho cuyo resultado provoque un daño injusto a la víctima. Ante el vacío legal esta cuestión queda sujeta a la discrecionalidad de los órganos llamados a intervenir.

Reiteración: debe ser analizado conjuntamente con la gravedad de las conductas, ya que resultaría ilógico que se exija este requisito cuando por la peligrosidad del hecho ponga en peligro la salud o la integridad física o psíquica o incluso la vida de la víctima. Este recaudo debe relacionarse con los distintos tipos de violencia, por ejemplo la psicológica o emocional, por lo general, exige la continuidad y el carácter repetitivo de la conducta, como amenazas o actitudes de desvalorización.

Actualidad: implica la necesidad de que el peligro sea presente o reciente que justifique el empleo de procedimientos que habiliten medidas urgentes.

Inminencia del daño: la conducta violenta debe ser demostrativa de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Una intervención tardía ocasionaría grandes probabilidades de daños graves.



2.3. LA VICTIMA

El término víctima etimológicamente significa la "persona sacrificada o que se destina al sacrificio"; este concepto ha evolucionado hasta entenderlo como aquel sujeto que sufre por culpa de otro.³

No existe un único concepto de víctima, sino que depende de la rama en que se centra la investigación.

El Congreso de Naciones Unidas de 1985 define el concepto de la siguiente manera: “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los 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.”⁴

Martínez (2009) analiza la definición propuesta por el Congreso de Naciones Unidas y concluye que se trata de una concepción circunscripta al ámbito del derecho penal que omite otros tipos de víctimas como son aquellas personas que sufren malos tratos tales como intimidaciones, insultos, desvalorizaciones, humillaciones y que no tienen la entidad suficiente para ser tipificados penalmente, pero que causan a la víctima un

³ Hermenéutica del concepto actual de víctima. [www.jurídicas.unam.mx].
Fecha de consulta: 17/02/12.

⁴ Declaración de las Naciones Unidas de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder. [www.funvic.org]. Fecha de consulta: 17/02/12



detrimento en su personalidad. Por lo que esa concepción de víctima carece de operatividad en los casos de agresión emocional.

En relación a la violencia familiar, la víctima es el sujeto pasivo o damnificado de la agresión.

“Son aquellas personas que se ven directa e indirectamente afectadas por las conductas desplegadas por quien las agrede” (Ossola, 2011, Pág. 135).

2.4. MALTRATO INFANTIL

Esta manifestación de la violencia esta referida a los sujetos afectados por la misma, ellos son los niños. Conforme al Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) se entiende por tal a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

UNICEF⁵ define como víctimas de maltrato y abandono a aquellos niños, niñas y jóvenes hasta los dieciocho años que sufren habitual u ocasionalmente actos de violencia física, emocional o sexual.

El maltrato infantil es aquella violencia que tiene como destinatarios a infantes, adolescentes y jóvenes.

Los menores que padecen el maltrato infantil crecen pensando y creyendo que la gente que lastima es parte de la vida cotidiana; por lo tanto este comportamiento se torna “aceptable” y el ciclo del abuso continúa cuando ellos se transforman en padres que abusan de sus hijos y estos de los suyos, continuando así un ciclo vicioso por generaciones.

⁵ Cartilla Maltrato Infantil. [www.unicef.cl]. Fecha de consulta: 29/10/11. Año de publicación: 2000.



El maltrato infantil acarrea como consecuencia la violación al derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad, a la salud, a la libertad ambulatoria, el derecho al honor, a la privacidad, a la intimidad, a la propia imagen, a la identidad personal o el derecho a la libertad de profesar un culto, todos ellos, derechos humanos con rango constitucional. Estos derechos son, en otras palabras, los bienes jurídicos que la legislación debe procurar tutelar. De la enunciación surge con claridad que son los denominados derechos personalísimos los que se ven afectados por la violencia familiar y requieren protección.

A los niños se les atribuye la condición de débiles y se encuentran respecto al agresor en estado de vulnerabilidad. Lo cual provoca lo que denominamos supra: desequilibrio de poder, que conduce a situaciones de violencia.

2.4.1. Diferentes manifestaciones del maltrato infantil:

El *maltrato físico*, según Martínez (2009) puede ser definido como cualquier trauma, lesión o condición no accidental, que cause daño físico a un niño. El daño físico se entiende como un menoscabo en el cuerpo o en la salud de la víctima. Como señales de abuso físico se pueden mencionar: quemaduras, mordeduras, golpes, cicatrices, hematomas inexplicables, fracturas. El maltrato físico es la forma más evidente y llamativa de maltrato. Este tipo de violencia esta encaminada a lograr el sometimiento o control del niño.

El maltrato emocional también llamado, por la ley 9283⁶, violencia psicológica. Este maltrato se presenta como prohibiciones, coacciones,

⁶ Ley de Violencia Familiar. Provincia de Córdoba.



intimidaciones, amenazas, hostilidad, actitudes devaluatorias o de abandono, insultos, falta de apoyo, desvalorizaciones o actitudes como aislar al niño o ridiculizarlo (Yuba, 2011). Generalmente, hay dos tipos: la “negligencia emocional” (es un acto de omisión), es la carencia crónica de proveer el apoyo y el afecto necesario para que el menor desarrolle su personalidad fuerte y saludable, y el “abuso emocional” (acto de comisión). Estas son actitudes que, según la ley antedicha tienen carácter repetitivo, provocan en el niño deterioro o disminución de la autoestima y afectan su estabilidad psíquica.

El *abuso sexual* se da por actos u omisiones desde una posición de poder sobre el niño, que conforme a Bringiotti y Comin (2002) incluye : el incesto que es entendido como el acto sexual entre familiares de sangre o que el adulto se encuentre desempeñando el rol de figura parental como pareja del padre o madre o padres adoptivos, la vejación sexual que se traduce en manoseo o provocaciones al niño y el abuso sexual sin contacto físico como por ejemplo el exhibicionismo, exposición de revistas o videos pornográficos. La violación es un evento inesperado, violento, único e impredecible, que se define como el acceso carnal (vaginal, anal o bucofaríngeo) por medio de la fuerza o de amenazas sin consentimiento de la otra persona. La violación suele producir lesiones físicas y puede, a veces, poner en peligro la vida del agredido.⁷

El *síndrome de Munchausen por poder* esta situación surge cuando el padre o madre someten al niño a continuos exámenes médicos, alegando síntomas patológicos ficticios y generados de forma activa, es

⁷ Protocolo de Abuso Sexual Infanto-Juvenil. Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Resolución 904/2008 – Anexo. [www.asapmi.org.ar]. Fecha de consulta: 29/10/11. Año de publicación: 2008



decir, una simulación intencionada de parte del adulto que le debe protección al niño. El estudio realizado por los profesionales Garrote, Indart de Arza, Puentes, Smith, Bagge y Pérez Coulembier (2008) indica que no existen incentivos económicos ni otro estímulo externo que justifiquen este comportamiento. Tampoco se ha comprobado que la persona que genera un trastorno ficticio responda a un cuadro psicótico ni alucina mientras enferma a su hijo. Es una modalidad de maltrato al niño, en la medida en que las acciones del adulto le provocan un daño real o potencial, con alteración de su desarrollo integral.

2.4.2. Maltrato Activo y Maltrato Pasivo

Los diferentes tipos de maltratos pueden ser cometidos por acción u omisión, es lo que UNICEF (2000)⁸ y Ossola (2011) distinguen como maltrato activo y pasivo:

El maltrato activo (violencia por acción) abarca el abuso físico que consiste en cualquier acción no accidental por los padres o cuidadores que provoquen daño físico o enfermedad al menor. La intensidad puede variar desde una contusión leve hasta una lesión mortal. También comprende el abuso sexual, que consiste en cualquier tipo de contacto sexual con un menor por parte de un familiar, tutor o cualquier otro adulto. La intensidad del abuso puede ir desde el exhibicionismo hasta la violación. El abuso emocional también entra en esta categoría de abuso activo y se presenta bajo la forma de hostilidad verbal crónica (insultos, burlas, desprecios, críticas, amenazas de abandono, etc.) y el bloqueo constante

⁸ Cartilla Maltrato Infantil. [www.unicef.cl]. Fecha de consulta: 29/10/11. Año de publicación: 2000



de las iniciativas infantiles (puede llegar hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar. Otra forma de maltrato infantil es el caso de los niños testigos de violencia, cuando los niños presencian situaciones crónicas de violencia entre sus padres. Los estudios comparativos muestran que estos niños presentan trastornos muy similares a los que caracterizan a quienes son víctimas de abuso.

El maltrato pasivo (violencia por omisión) comprende el abandono físico, que ocurre cuando las necesidades físicas básicas del menor no son atendidas por ningún miembro del grupo que convive con él. También incluye el abandono emocional que consiste en la falta de respuesta a las necesidades de contacto físico, de caricias y la indiferencia frente a los estados anímicos del menor.

2.4.3. Diferenciación entre violencia parental y maltrato infantil en el ámbito familiar

La violencia parental es aquella ejercida por los padres a sus hijos y comprende las distintas manifestaciones del maltrato infantil. Ossola (2011) al especificar que el sujeto activo de la violencia es uno de los progenitores (o ambos) lo interpreta de manera amplia, es decir, puede ser sujeto activo uno de los integrantes de la pareja con relación a los hijos del otro.

Las víctimas son los hijos menores al igual que en el maltrato infantil. La violencia ejercida por los padres a los hijos mayores será considerada como violencia familiar en general.



Por lo tanto, la diferencia con el maltrato infantil radica en el sujeto que genera la agresión, siendo en la violencia parental los progenitores y en el maltrato infantil puede serlo cualquier persona.

El presente trabajo se refiere al maltrato infantil en el ámbito familiar, por lo tanto comprende la violencia desplegada hacia el niño por los padres, hermanos, tíos, abuelos u otro pariente sea consanguíneo adoptivo o afín y según Martínez (2009) tanto sea en línea recta como colateral, sin limitación de grado, sean convivientes o no.

2.4.4. El derecho de corrección de los padres

El Art. 278 del Código Civil consagra la facultad otorgada a los padres para educar y criar a sus hijos. Ossola (2011) remarca que esta potestad - función no es concebida como un poder que se les asigna a los padres sino como una facultad, como herramienta para el adecuado cumplimiento de sus deberes y obligaciones.

La misma norma descarta el ejercicio de la violencia al exigir que la “...corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren”.

Poner límite es fundamental para el crecimiento y desarrollo de los niños. Conforme expone la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia (2010) la falta de límites o una inadecuada manera de colocarlos trae aparejada dificultades tales como: excesivo malestar ante a la imposibilidad de concretar lo anhelado, impulsividad, problemas de



conducta como caprichos o agresividad y la falta de reconocimiento a la autoridad.

Por ello es sumamente importante que la sociedad se eduque para poder educar, se requiere tomar conciencia de los valores imprescindibles para una normal convivencia y armonía social.

Es fundamental distinguir entre autoridad y autoritarismo para una correcta aplicación de los límites. La primera proviene del latín “augere”, que significa ayudar a crecer, en cambio el autoritarismo, es la sumisión incondicional a la autoridad donde prima el deseo del que aplica la norma y sin reconocer a la otra persona, que no es vista como sujeto de derecho. Frente al autoritarismo quizás el niño obedezca pero en ningún caso podrá incorporar lo que se le pretende enseñar porque solo responde por miedo o temor.⁹

Frente a lo expuesto la conclusión a la que se aborda es que los límites son necesarios pero deben ser aplicados de una manera correcta para evitar perjuicios al niño y no provocar un maltrato emocional. Para que los padres logren un adecuado ejercicio del derecho de corrección es preciso que las reglas que les impongan a sus hijos no sean excesivas sino justas, de lo contrario llevarían a un castigo al niño que trae aparejado consecuencias negativas.

⁹ La importancia de poner límites para el crecimiento de las niñas, niños y adolescentes. [www.senaf.cba.gov.ar]. Fecha de consulta: 30/10/11. Año de publicación: 2010.



CAPITULO 3. FORTALECIMIENTO DEL NIÑO

3.1. EL AVANCE

En este capítulo se examinará el principio rector que debe tenerse en cuenta para la satisfacción de los derechos del niño.

Para dar comienzo cabe exponer el marco general expresando que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ratificada por nuestro país en 1990, ha tenido un gran impacto al cambiar la posición que ocupa el niño dentro de la sociedad, la familia y el Estado, al consagrarse de manera explícita el reconocimiento del niño como *sujeto de derecho*.

Argentina, al suscribir la CDN, comenzó a plantearse la necesidad de reformar el sistema de patronato vigente desde el año 1919 por la Ley de Agote que llevaba el número 10.903.

Bossert y Zannoni (2001) denominaron al régimen de patronato como la función que incumbe al Estado, ejercida a través de jueces nacionales o provinciales, para asumir la asistencia, cuidado y representación jurídica de los menores que carecen de representantes legales o que, aun teniéndolos, se encuentran en situación de abandono o peligro.

El juez, amparado en la ley de patronato, decidía sobre la vida del niño objeto de protección, institucionalizándolo y separándolo de su familia, de esta manera se han vulnerando reglas constitucionales, como por ejemplo el debido proceso, especialmente el principio de contradicción, el principio de legalidad y el de reserva.

La CDN reconoció la capacidad del niño de exigir y demandar el cumplimiento de sus derechos. Significó un cambio radical en la forma de



concebir a la infancia, entendiendo que en esta etapa los niños pueden opinar y tomar decisiones.

La reforma constitucional de 1994 incorpora a la CDN en su Art. 75 Inc. 22 lo que la dota de jerarquía constitucional, por lo tanto, las provincias deben conformarse a ello.

En el año 2005 se sanciona la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes para dar cumplimiento a la CDN. Esta ley reglamenta, operativiza y define el interés superior del niño y ha dejado atrás la plataforma legal que justificaba intervenciones, omisiones y procedimientos restrictivos o negadores de los derechos del niño.

Este cambio de lugar y esta renovada definición de la infancia inciden de manera directa en la forma de otorgarle protección, la intervención del menor en el proceso ya no queda anulada. La ley 26.061 crea el Sistema Nacional de Protección de Derechos de la Infancia que consiste en la creación de programas y servicios destinados a reparar y restituir derechos vulnerados de la población infantil, a través de la adopción de medidas de protección a cargo de organismos administrativos.

Se terminó con la idea de considerar al niño como “objeto” de protección, en la cual era sustituido absolutamente por su representante legal, sin poder participar, sin poder ejercer sus derechos y garantías (Ballarin y Rotonda, 2006).

En los próximos capítulos se detallará los modos en que el menor puede ser parte en los procedimientos judiciales o administrativos que conciernen su interés.



En el contexto de la ley 26.061, el menor es titular de todos aquellos derechos y garantías inherentes a su calidad de persona y se contempla su participación en las cuestiones que lo afecten.

La legislatura de la provincia de Córdoba sancionó la Ley 9944 de Promoción y Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el año 2011, conforme a las disposiciones de la CDN. Dispone que la determinación del interés superior debe respetar su condición de sujeto activo y portador de derechos, su derecho a ser oído y a opinar, a su edad, grado de madurez y demás condiciones personales.

El niño y el adolescente es reconocido como sujeto activo portador de derechos, como titular de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos más un plus de derechos previstos, esencialmente, por su condición de persona en etapa de crecimiento (Minyerski y Herrera, 2008).

3.2. EL NIÑO

La Convención al referirse a los de derechos del niño induce cuestionar que se entiende por niño y distinguir esta idea del concepto de menor.

La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que la legislación interna establece para el pleno ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades, por lo general, esa frontera coincide con la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos, y la capacidad de ejercicio de ellos.



Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico que jurídico, y corresponde al uso popular del término. En este sentido, niño es opuesto a anciano.

“El concepto ‘niño’ coincide con el de ‘menor de edad’ cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho” (Beloff, 2007, Pág.93).

La CDN considera que es niño la persona menor de 18 años, lo cual le asigna un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y coloca a este concepto y a este sujeto como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. La palabra niño abarca aquí al adolescente y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma.

Por lo expuesto, el término niño no es sinónimo de menor.

Sucede que actualmente coincide el concepto de menor de edad del Código civil con el de niño de la CDN.

Este trabajo, se orienta a la niñez conforme a las disposiciones de la Convención.

3.3. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

El principio rector instaurado por la CDN es el “interés superior del niño”, pero esta fórmula es una directriz imprecisa y vaga, que impide una interpretación uniforme y en consecuencia permite que las resoluciones a las que arriben las autoridades no satisfagan las exigencias de seguridad jurídica.

La autoridad administrativa o judicial, al basarse en el interés superior del niño, cuenta con un amplio poder de decisión, quedando la



cuestión sujeta a su consideración. Para evitar el ejercicio discrecional del poder estatal y asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños, la doctrina ha esbozado la función y el contenido del principio en cuestión.

Cuando los niños eran considerados como objetos dependientes de sus padres o de la autoridad, el principio fue importante para destacar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona. Luego de la sanción de la ley 26.061 que ha reconocido al niño como sujeto de derecho, el principio se convierte en un mecanismo eficaz para oponerse a la vulneración y promover la protección de los derechos reconocidos por la CDN (Cillero Bruñol, 2007).

Esta regla se impone a las autoridades y es obligatoria para ellas. En consecuencia, el principio del interés superior del niño dispone una limitación, una prescripción impositora hacia las autoridades. Así, el Art. 3 Inc. 1º de la CDN constituye un límite a la discrecionalidad de las autoridades diciendo: “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

3.3.1. Contenido

Los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos, son reglas que contienen derechos. Por ende el principio de interés superior del niño, señala Cillero Bruñol (2007), es la plena satisfacción de sus derechos.



El Art. 3 Inc. 1° de la CDN consagra el interés superior del niño pero no lo define.

La legislación nacional propuso un importante avance conceptual, así el Art. 3 de la ley 26.061 define especialmente el concepto de interés superior del niño diciendo: “se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

El interés superior del niño es una directriz que posibilita el ejercicio de los derechos del niño. Por lo que se considera que el contenido de este principio es la satisfacción de los derechos enumerados en la Convención.

Como característica del principio es importante mencionar su amplitud, ya que obliga a las autoridades judiciales y administrativas, a los órganos legislativos y a los padres.



“El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior (Pérez Manrique, 2006, pág. 250).” esta afirmación no supone que el interés que manifieste el niño decida la cuestión. Para decirlo en otros términos, es necesario no incurrir en el error de identificar los supuestos en que el niño solicite el cumplimiento de sus deseos con su verdadero interés.

3.3.2. *Función*

El principio de interés superior del niño sirve para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos, a través de él debe interpretarse que los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses.

El Art. 3 in fine, de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes dispone que “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Por lo tanto los niños tendrán prioridad en relación a los derechos, pudiendo éstos entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y aun así los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario. Posición que Freedman (2005) limita diciendo que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros, es decir existe una primacía no excluyente. A modo de ejemplo es posible mencionar el Art. 13 de la CDN que dice:

“1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de



todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

Hasta aquí, se ha presentado una característica fundamental del principio en cuestión, la cual se traduce en la función de limitar y orientar las decisiones asegurando el cumplimiento del derecho del niño. El llamado carácter garantista según Freedman (2005).

Otra característica importante de este precepto es que permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El llamado carácter interpretativo, que se da según Cillero Bruñol (2007), cuando se producen situaciones que hacen incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención, para un mismo niño.

La CDN reconoce como derechos que no permiten su limitación al derecho a la vida, a la salud, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la nacionalidad y a la identidad, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal. En adelante “núcleo duro” de derechos.

Hay casos en que la propia CDN establece un orden de prelación de un derecho sobre otro.



El eje de esta investigación induce a cuestionar por ejemplo si una conducta omisiva por parte de los padres es suficiente para dejar sin efecto el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos (Art. 9 de la CDN). Para responder este interrogante es preciso analizar si esa conducta supone maltrato infantil, de ser así se aplica la misma disposición, que ampara otros derechos como la salud, la integridad o la vida del niño. Como consecuencia, entre el derecho del niño a no ser separado de sus padres y el derecho a la salud, la norma prioriza el segundo.

Si bien el derecho a permanecer en la familia biológica es un derecho esencial del niño, este cede cuando en la familia no se brinda las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud.

En los supuestos en que la convención no proponga una solución al conflicto de derechos, el principio de interés superior del niño permite resolver recurriendo a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores y que según Freedman (2005) corresponden al núcleo duro.

Este principio posibilita solucionar conflictos de derechos, recurriendo a la consideración de los derechos en conflicto.

La Ley 26.061 en su Art. 3 brinda algunas pautas de interpretación que deben ser observadas para definir una situación controvertida, entre ellas cabe mencionar la opinión del niño, su relación con la familia, el respeto al desarrollo personal del niño en el medio social y cultural entre otras. La ley nacional propuso un avance interesante al establecer estos requisitos para la utilización del principio, abandonando la arbitrariedad y subjetividad en la que se puede caer al invocar el interés superior del



niño. Resultaría eficaz que en los informes o actuaciones en los que se utilice el principio para resolver una cuestión, se incluya en los fundamentos el detalle de los derechos que se pretenden garantizar y la imposibilidad de satisfacción conjunta de los derechos controvertidos (Naddeo, 2006; Minyerski y Herrera, 2008).

El interés superior del niño y la especial protección que ellos requieren, constituyen una prescripción de carácter imperativa que obliga a los jueces, como funcionarios del Estado, a una reinterpretación de la legislación nacional a la luz del texto de la convención con el riesgo, en caso de ignorarlos, de incurrir en responsabilidad internacional¹⁰.

3.4. LA TAREA DE RESPALDAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En base a lo que expresan Ballarin y Rotonda (2006) la familia cumple un rol primordial respecto a garantizar el interés superior del niño. Es el núcleo de realización funcional de los derechos humanos de la niñez y el medio social preferente para el desarrollo de la totalidad de los derechos del niño. La obligación de la familia, de respetar el interés superior del niño, se ve plasmada en la disposición número 18 Inc. 1 de la CDN de la siguiente manera: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el

¹⁰ Interés Superior del niño. Abuso sexual. Derechos de la víctima. Cam. Nac. Ap. Sala V. Fecha: 19/5/2011. (Anexo Pág.73).

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

El Estado cumple un rol subsidiario en base garantizar el cúmulo de derechos que le corresponden al menor por su calidad de tal, a través de la implementación de medidas, acciones y la creación de organizaciones destinadas a dar cumplimiento a estas reglas emanadas por la administración. Para garantizar adecuadamente el interés superior del niño, se requieren autoridades cercanas y comprometidas en lo inmediato para que se logren soluciones eficaces a fin de resguardar los derechos de los menores.

La Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes menciona a la Secretaria de Niñez Adolescencia y Familia y al Consejo Federal de Niñez Adolescencia y Familia. También aparece legislada la figura del Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Es imprescindible que los órganos del poder administrador brinden una adecuada protección y “organicen sistemas de guardias permanentes para atender los requerimientos urgentes con el objeto de mantener la situación fuera de los órganos jurisdiccionales” (Ballarin y Rotonda, 2006. Protección Integral de los Derechos de las Niña, Niños y Adolescentes. N°35. Pág. 17). El Estado, a través de políticas públicas, debe garantizar el "núcleo duro" de los derechos de la Convención. El interés superior del niño repercute en la protección que el Estado le brinda como una regla a la que se deben ajustar todas las medidas adoptadas.



Por último, es posible la intervención judicial. La Convención solo se limita a decir que la intervención judicial operara según corresponda, de lo que se desprende que interviene el órgano judicial en caso de falencia del administrativo. Cabe mencionar que la provincia de Córdoba ha sustituido los Juzgados de Menores Preventivos por los Juzgados de Niñez, Juventud y Violencia familiar. El Art. 64 de la ley 9944, dispone que son competentes para conocer y resolver en:

1- El control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por el órgano administrativo y en caso de oposición del niño y/o su familia o representante legal en la adopción de dicha medida.

2- El reconocimiento o resolución de casos de violencia familiar.

3- Las medidas de coerción para hacer efectivas las medidas excepcionales, a pedido del órgano administrativo.

4- Guardas judiciales.

5- Las recusaciones e inhabilitaciones de los fiscales penales juveniles, asesores y secretarios, cuando se trate de causas sustanciadas ante él.

6- Denuncias ante la vulneración de los derechos del menor.

La Convención establece un sistema de protección dual: uno a cargo del órgano administrativo del Estado, cuya función es netamente preventivo y a los efectos de darle efectividad a los derechos del niño, y el otro como sistema de protección conformado por la intervención judicial, en caso de que los derechos del niño fuesen vulnerados (Quiroga, 2009).

Otras organizaciones encargadas de amparar los derechos del niño son las instituciones que no dependen del gobierno, y desarrollan programas o servicios de promoción en protección a los derechos del niño. Estos organismos no gubernamentales tienen como principal



función la defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, desarrollando programas o servicios de información, difusión y promoción de estos derechos, lo que no conlleva que el Estado releve en ellas la responsabilidad social que le compete (Ballarin y Rotonda, 2006).

Deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales con raigambre constitucional y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en los que nuestro país sea parte. Como ejemplos de ONG se pueden citar:

-ADI, Asociación para los Derechos de la Infancia esta tiene como objetivo promover el respeto, conocimiento y la defensa de los derechos de los chicos establecidos por la Constitución Nacional.

-Amiguitos de Frontera, creada para brindar apoyo comunitario en regiones fronterizas de la Argentina. Proporciona información sobre campañas, proyectos y formas de colaboración.

-CEISI - Centro de Estudios e Investigación Sobre la Infancia. Organización que trabaja con y por los chicos en el campo de lo social. Reconociendo y defendiendo la condición de sujeto de todos los niños y niñas.

-Fundación Niños Unidos para el Mundo, organización creada para ofrecer apoyo a los menores víctimas de secuestro y/o violencia intrafamiliar por parte de alguno de sus padres.

-UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, organización internacional para la defensa de los intereses del niño.



3.5. EL DERECHO A ESTAR LIBRE DE VIOLENCIA

La CDN en el Artículo 19 expresa:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

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

El Comité de Observaciones de los Derechos del Niño ha concluido que “toda violencia contra los niños es prevenible” (Yuba, 2011, pág. 17). Esto repercute en la obligación de los Estados a prevenir las violaciones a los derechos humanos, como así también, a investigar y castigar a los responsables y a proporcionar acceso para reparar esas violaciones, respetándose el interés superior del niño.

Esta disposición deja entrever que el Estado debe adoptar medidas educativas para que los niños se encuentren en condiciones de conocer que conductas son inadecuadas e inaceptadas y para que ellos conozcan sus derechos y garantías.



En lo que atañe a esta investigación, es sumamente importante que el niño víctima de violencia familiar encuentre medidas que lo protejan y eviten o subsanen el perjuicio que se le ha provocado. Será imprescindible, en primer lugar, organizar y desarrollar programas que ayuden a los niños que padecen maltrato por parte de su familia a reconocerse como víctimas y que los motiven a atreverse a comunicar su situación.

3.6. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Del estudio efectuado por Lerner (2006), de la legislación Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes surge una distinción entre tres niveles de medidas de protección al menor: el primero de ellos remite a las políticas públicas, el segundo a las medidas de protección integral y el tercer nivel, a las medidas de protección excepcional.

Son políticas públicas aquellas que garantizan el acceso a derechos sociales, económicos y culturales, a los que deben poder acceder los niños. Estas políticas se elaboran acorde a pautas tales como:

- La descentralización de los organismos de aplicación, de los planes y programas de estas políticas.
- El fortalecimiento del rol de la familia.
- Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de los niños¹¹.

Las medidas de protección integral, son las que emanan del órgano administrativo local, cuando frente a la ausencia de políticas públicas se

¹¹ Conforme al Art. 4 de la Ley 26.061.



vean amenazados los derechos reconocidos al niño, debiendo ésta preservarlos. Éstas no podrán ser coactivas ni tampoco producir alteraciones sustanciales o permanentes en la condición jurídica del menor (Lerner, 2006). El Art. 37 de la Ley 26.061 menciona, entre otras:

- Aquellas medidas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes sean cuidados en su propio hogar, apoyando y orientando a los padres o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones.

- La Inclusión del niño y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar.

- Medidas destinadas al Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes.

Por medidas de protección excepcional se entiende como aquella prevista para situaciones excepcionales en las que se requiere participación judicial cuando se evalúa como necesaria la separación del niño de su familia. Solo proceden cuando las medidas de protección integral (segundo nivel) resulten insuficientes o inadecuadas para la situación particular, no pudiendo ser fundamento para la aplicación de estas, por ejemplo, la falta de recursos económicos (Lerner, 2006).

Estas medidas suponen una ubicación del niño en un ámbito familiar alternativo, como por ejemplo puede ser la permanencia temporal con la familia de sus tíos u otro pariente consanguíneo o con quien el menor tenga un vínculo por afinidad¹²

De acuerdo al planteo que propone Naddeo (2006), la medida de protección excepcional se aplica, por ejemplo, cuando el grupo familiar es responsable, directo o indirecto, por acción u omisión, de actos que

¹² Conforme al Art.41 de la Ley 26.061.

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



vulneren los derechos de los niños, ya sea a través de acciones de negligencia o maltrato en cualquiera de sus formas.

Dos de las características más importantes de estas medidas excepcionales son: restricción de su duración y requieren control de legalidad por parte de la autoridad judicial competente.

“Las medidas excepcionales de protección adoptadas por equipos debidamente especializados y capacitados constituyen una verdadera red de prevención y atención de situaciones de violencia” (Naddeo, 2006, Pág. 74).



CAPITULO 4. CAPACIDAD PROGRESIVA

4.1. REGIMEN LEGAL

La CDN ha plasmado en su texto derechos civiles para los menores de 18 años, reconociendo al niño como sujeto de derecho y no como objeto de protección.

La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida, por ello, el niño es una persona con todos sus atributos (nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio, capacidad y estado civil).

Los niños gozan de los mismos derechos que los adultos con la particular situación de necesitar cuidados especiales por su condición.

La ley 26.061, elaborada para dar cumplimiento a la CDN, es trascendental para avanzar en el camino instalado por la misma cuando en varios de sus artículos se refiere al protagonismo de los niños y adolescentes y al modo de materializarlo.

Es decir, el reconocimiento de sujeto de derecho no ha quedado en una simple declaración sino que se ha proyectado en la adjudicación de derechos y la posibilidad de ejercerlos en función de sus aptitudes y desarrollo psicofísico, dejando como corolario el concepto de capacidad progresiva.

4.2. LA CDN Y EL CÓDIGO CIVIL

Del concepto de capacidad como atributo de la persona se puede distinguir, por un lado la capacidad de derecho que es la aptitud para ser



titular de derechos y obligaciones. Y por otro lado, la capacidad de hecho, que se traduce en la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos.

Las personas, por su condición de tales, siempre tienen capacidad de derecho.

El régimen del Código Civil se basa en la idea rígida de que todos los menores de 18 años son personas incapaces de hecho. A su vez, clasifica ésta en:

-Incapacidad de hecho absoluta¹³, que le corresponde a los menores impúberes, es decir, aquellos que aun no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, aunque el propio código reconoció alguna excepción en la que resultan facultados para la celebración de algunos actos jurídicos, por ejemplo cuando autoriza a los menores que hubieren cumplido 10 años a tomar posesión. Por ello podrían considerarse, a los menores impúberes, incapaces como regla y capaces como excepción según el código civil.

-Incapacidad de hecho relativa¹⁴, impuesta implícitamente a los menores adultos al señalar que solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autoricen. Menores adultos son aquellos que tuvieron entre catorce y diecisiete años inclusive, puesto que al cumplir 18 adquieren la mayoría de edad.

Morcillo y Torres (2010), interpretan estas disposiciones como de carácter abstracto e independiente de lo que las motiva. Un menor de edad siempre será considerado incapaz sin importar su precocidad ni su entendimiento e intelecto, y un mayor de edad, por más burdo que sea, siempre será considerado capaz. Este régimen no tiene relación con la

¹³ Conforme al Art.54 del Código Civil.

¹⁴ Conforme al Art.55 del Código Civil.



adquisición progresiva de capacidades que logra el menor en el proceso de desarrollo de su persona a medida que avanza su crecimiento.

En los términos de la CDN no hay una formulación normativa del sistema de capacidad como si aparece regulado en el Código Civil. Esta omisión, según Spaventa (2010) está dificultando que los niños sean apreciados como sujetos de derecho, ya que para ello es imprescindible que nuestra legislación infraconstitucional haga propia la concepción de que los niños son personas capaces.

Se advierte que la CDN no fija edades determinadas para la adquisición de la capacidad sino que supone un concepto dinámico y gradual.

Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) resolvieron que el legislador debe dictar medidas de acción positivas que garanticen el goce de los derechos reconocidos a la infancia y a reglamentar el modo concreto de ejercer tales derechos.

Mizrahi (2004) se pronuncia en el mismo sentido al destacar la obligación del Estado de ajustar la legislación interna a los términos de la Convención.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última instancia a la que se debe acudir, primero se debe intentar una mirada conciliadora entre la CDN y el Código Civil (Minyerski y Herrera, 2008).

4.3. SOLUCION PROPUESTA

Lo expresado en el apartado anterior induce a advertir la existencia de un choque entre ambos ordenamientos jurídicos, por un lado el Código Civil y su regla de incapacidad del menor y por el otro la CDN con su



regla de la capacidad indeterminada en donde la capacidad sería la regla y la incapacidad la excepción.

En este contexto, la doctrina, ha armonizado el régimen actual de capacidad del Código Civil con el que recepta la CDN. Para ello, reconocen que el niño progresivamente va acrecentando su aptitud de comprender las cosas pero no necesitan alcanzar ninguna edad para el ejercicio de los derechos previstos en la Convención.

Los derechos personales (derecho a la libertad, derecho a la integridad personal, derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a transitar, entre otros) son gozados por todas las personas y para su ejercicio no hay una edad prefijada. Las diferentes edades fijadas en el Código Civil, se refieren en general, a derechos patrimoniales (Minyerski y Herrera, 2008).

No es necesario modificar el Código Civil si entendemos como capacidad de hecho del niño a aquella aptitud para ejercer derechos personalísimos.

Por último, se considerarían derogadas tácitamente aquellas normas del Código Civil que violen derechos humanos esenciales (Morcillo y Torres, 2010).

4.4. CRISIS DEL CONCEPTO

La fuerza normativa que otorga la incorporación de la Convención al bloque de constitucionalidad, permite entender a la capacidad (el atributo más importante de las personas) a partir de datos biológicos, psicológicos y sociales que responden a su natural evolución. Se le



asegura al niño el ejercicio de sus derechos, en forma gradual, conforme a la evolución de sus facultades.

Minyerski y Herrera (2008) consideran que es el concepto de “competencia” el adecuado para estudiar el ejercicio de los derechos personalísimos. Lo distinguen de la noción tradicional de capacidad que es determinada de manera rígida por la ley a una edad específica, por el contrario, la competencia no se consigue en un momento preciso sino que se va alcanzando a medida que los niños adquieren mayor autonomía.

La competencia contempla la faz dinámica en el transcurso del crecimiento, pone el acento en el proceso evolutivo y la adquisición paulatina de la posibilidad de comunicarse y de una conciencia reflexiva, ya que el sujeto se capacita permanentemente. Esto lleva a considerar a la capacidad como regla, es decir, se puede tener más o menos “competencia” pero nunca una ausencia de ella (Morcillo y Torrez, 2010).

Por lo tanto cabe afirmar que el niño al encontrarse en constante evolución, incrementando su conocimiento, adquiriendo nuevas técnicas de resolución de problemas y alcanzando mayor agilidad de pensamiento, está logrando la habilidad para ejercer sus derechos, es decir, la capacidad de hecho.

La capacidad de hecho surge de los preceptos de la CDN, como por ejemplo el Art. 5 dispone que las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, tutores, u otras personas encargadas legalmente del niño, deben impartirle “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

De esta disposición surge que la principal función de los representantes del niño ha de ser velar por el desarrollo autónomo y



equilibrado del niño. Estamos ante un sujeto, que en *consonancia con la evolución de sus facultades*, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos.

Ahora bien, ¿Cómo es posible determinar el grado de entendimiento del niño? ¿De que manera se reconocemos la madurez? Lovera Parmo (2008) responde a estos interrogantes diciendo que es la prueba pericial la adecuada para evaluar la capacidad del niño, aunque no reemplaza la labor del juez o autoridad que pretenda decidir sobre una cuestión, sino que eleva la carga argumentativa de este.

4.5. MATERIALIZACION DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA

Reza el Art. 12 de la CDN de la siguiente manera:

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

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

La capacidad progresiva que se le reconoce al niño se ve materializada a través del derecho a ser oído, a participar y a formarse su propia opinión.

Frente a lo establecido por la CDN, Morcillo y Torrez (2010) plantean el interrogante de cuando un niño tiene “edad y madurez” para



poder ejercer sus derechos. La respuesta a la que arribaron se aleja de la idea de analizar cada situación particular y proponen recurrir al concepto de competencia, tal como se ha detallado en el punto anterior de la presente investigación.

En el supuesto de violencia familiar ejercida sobre el niño, la capacidad progresiva del mismo se manifiesta a través de la denuncia o reclamo que el niño realice o en el caso de no haberlo hecho, puede igualmente dar su opinión frente a las autoridades con respecto a lo que considere conveniente para frenar la vulneración de sus derechos.

4.6. EL DERECHO A SER ESCUCHADO

Oír al niño es amparar el derecho a expresar su opinión, según Ludueña (2004) se lo debe escuchar todas las veces que sea necesario.

Lo antedicho encuentra su fundamento en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹⁵ que regula el derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite el niño.

El Art. 12 de la Convención, al finalizar su primer parte establece que las opiniones de los niños serán tenidas en cuenta en función de su “edad y madurez”, lo cual no significa que se limite el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado. Esta condición se impone a la fase de considerar a la opinión, relevante o no, para que pueda ser “tenida en cuenta” (Morcillo y Torres, 2010).

Al concluir que el derecho a ser escuchado no depende de la edad del niño sino del manejo del lenguaje que va adquiriendo a medida que

¹⁵ Art.27 Inc.a. de la Ley 26.061.



crece, Pérez Manrique (2006) entiende que este derecho es ejercido incluso cuando el niño no maneje un lenguaje verbal, siempre que pueda comunicarse a través de otras expresiones como signos, dibujos o reacciones psicósomáticas

El niño puede expresar lo que tenga que decir sobre una situación concreta en que se vea afectado. Esta posibilidad no se reduce a la expresión verbal del niño que puede expresar plenamente su opinión, sino que también abarca otras formas de expresión no puramente verbal.

“Esto requerirá, sin duda, del desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de interpretar y descifrar estas opiniones comunicadas de formas no verbales (Pérez Manrique, 2006, pág. 252).”

Según el enfoque psicológico, entre los 2 y los 4 años de edad comienza a aparecer el lenguaje, por lo que a partir de dicha edad el niño puede ejercer su derecho a ser oído (Morcillo y Torrez, 2010).

Escuchar al niño no significa aceptar incondicionalmente sus deseos, es la autoridad quien decide la cuestión considerando como pauta fundamental el interés superior según lo expone Ludueña (2004) y lo hará teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño¹⁶.

Mizrahi (2008) adhiere a la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires que postula anular de oficio aquellas sentencias que no cumplan con el requisito de oír al niño, cualquiera sea su edad. Es indispensable que el juez conozca al niño, porque es el verdadero y único modo de saber de él.

¹⁶ Conforme al Art.12 de la CDN.



4.7. EL DERECHO A PARTICIPAR

Otra manifestación de la capacidad progresiva del niño es el derecho a la participación activa en el proceso, lo que se traduce en la posibilidad de reclamar como actor o demandante o, por el contrario, ser demandado. Es el derecho a ser parte.

La Ley 26.061 en el Art. 27 dispone el derecho:

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Morcillo y Torres (2010), exponen que el parámetro a tener en cuenta para permitir la incorporación del niño al proceso es su estado de madurez y desarrollo. La valoración de este estado debe ser efectuada en el contexto de los estudios interdisciplinarios que ordena el juez para fundar su aceptación o negación a la participación del menor en el proceso. Por ejemplo, puede participar en el proceso un joven de doce años, pese a no haber alcanzado la edad de menor adulto. Lo que no significa que un niño con pocos días de vida no tenga derecho a participar sino que lo hará a través de otra persona que lo represente.

Es preciso recordar que el estado de madurez y desarrollo no se alcanza a una edad determinada sino que se evalúa conforme a la competencia que haya adquirido el niño o adolescente.

El derecho a participar en el proceso se vincula íntimamente con el derecho de defensa. De conformidad con el texto del Art. 27, se puede



apreciar que la Ley 26.061 ha admitido el derecho de defensa en su doble vertiente, la defensa material (o autodefensa) y la defensa técnica (patrocinio letrado) entendida como la posibilidad de designación de un abogado (Minyerski y Herrera, 2008).

El derecho a la participación solo puede ejercerse condicionado a la pauta de edad y madurez, de lo contrario caeríamos en la ficción de sostener que el niño, en cualquier momento de su vida, ejerce un derecho de manera plena y efectiva cuando en realidad quien lo hace es el tercero que habla por él.

4.7.1. La representación

Con respecto a la representación del menor, Minyerski (2010) sostiene que lo único que existe es una delegación momentánea, ya que un niño de seis meses no podrá defenderse solo, sino que necesitara que sus padres lo hagan, y de no ser así porque son sus padres los agresores, se ponen en marcha otros mecanismos para que su derecho no se vea afectado. Esta autora propone un modelo gradual de figuras así, la representación, quedaría reservada a los casos en que el niño cuente con una capacidad mínima de autodeterminación, como en el ejemplo propuesto donde hay una sustitución de la voluntad del niño por la del adulto. Cuando avanza un poco más se reemplaza por la asistencia, por parte de los padres y representantes legales aquí hay una concurrencia de voluntades (la del niño y la del adulto). Por último la figura de la cooperación aparece cuando el niño ya actúa de manera autónoma, esta cooperación supone un asesoramiento pero no la intervención de terceros, se presenta la voluntad propia del joven.



Aquí es necesario recordar que los actos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. “El discernimiento consiste en la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes e inconvenientes de las acciones humanas” (Moreno, 2006, Pag.61). El discernimiento es lo que los filósofos llaman entendimiento. El Art.921 del Código Civil dispone que son reputados con discernimiento los actos lícitos de los menores adultos.

Por lo tanto, para que el niño cuente con la “cooperación” de un representante debe contar con 14 años cumplidos.

El Art. 264 quarter Inc. 5 del Código Civil esta inspirado en la concepción del niño como objeto de derecho, lo que confronta con la concepción establecida en la CDN que refiere al niño como sujeto de derecho. Esta norma establece que se requiere el consentimiento expreso de ambos padres para autorizar al hijo a estar en juicio y si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, el juez debe resolver lo que convenga al interés familiar. Esta disposición choca con el derecho del hijo a ser parte en el proceso, por lo tanto, podría considerarse derogada tácitamente, por la aplicación de la CDN que cuenta con jerarquía constitucional (Art. 75, Inc. 22). La autorización para estar en juicio puede ser requerida autónomamente por el hijo al juez.

4.7.2. El abogado del niño

“El abogado del niño no cumple propiamente una función de representación sino que patrocina al niño, y no actúa en lugar de éste,



cumple las funciones propias de un letrado patrocinante”(Moreno, 2006, Pág. 64).

Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón resultara indispensable para un menor, como se ha examinado en el punto anterior del presente capítulo, el Art. 27 de la ley 26.061 instala las garantías y los derechos de los menores en el proceso judicial o administrativo, entre ellas menciona el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia y la misma disposición garantiza que el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine en caso de carecer de recursos económicos. Se busca resguardar al defensa de los derechos de los menores para lograr una protección integral.

Jarast y Rivert (2011) advierten, como cuestión relevante, la gratuidad del servicio y sostienen que deben tomarse los recaudos necesarios para preveer quien cargará con los honorarios en resguardo a la independencia del profesional. Sobre esta cuestión manifiestan que al Estado le correspondería soportar los costos de la defensa en los casos en que no solo el niño, también sus padres carezcan de recursos económicos.

Es imprescindible distinguir según Moreno (2006) los diferentes regimenes de tutela existentes:

- Tutela Representativa: para todos los actos de la vida civil en aquellos casos en que el menor no este sujeto a la patria potestad.
- Tutela ad litem: para los casos en que los padres nieguen su consentimiento al menor adulto para intentar acción civil. El juez puede designar un tutor especial.



- Ministerio Público de Menores: es parte esencial y legítima en todo asunto judicial y/o extrajudicial en que los niños sean parte. Es, por mandato constitucional, defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de manera promiscua, es decir, interviene en representación del menor en forma complementaria con sus padres o en su defecto con su tutor, y también este carácter de promiscuidad supone que tiene la tutela de todos los menores de edad.

La diferenciación apunta a no confundir estas figuras con la del abogado del niño. La primera tutela mencionada tiene la especial característica de estar limitada a asuntos específicos en los que se suscitan conflictos de intereses de índole patrimonial, como nota que la distingue del abogado. La segunda es quizás la figura que mas se superpone en principio con el abogado del menor con la salvedad de que el juez no tiene la obligación de designar un tutor ad litem sino una facultad. Por último, tampoco debe confundirse con el magistrado del ministerio público, ya que el abogado es representante de los intereses personales definidos e individuales de la niña, niño o adolescente, en cambio el ministerio público representa a todas las personas menores de edad.

Teniendo en cuenta que lo que debe asegurar el letrado es la autonomía de la voluntad del niño, el tribunal deberá tomar recaudos especiales para que el abogado no se encuentre influenciado por alguno de sus padres (Mizrahi, 2008).

Por lo expuesto, el niño es parte en sentido formal cuando el abogado actúa en función de las instrucciones que él le imponga respetando su voluntad, por lo que de ninguna manera quien no tenga



discernimiento para los actos lícitos (menor de 14 años) podrá indicar a su abogado cuáles son sus intereses.

Aunque el niño no sea parte en sentido formal, y está en juego un interés personal, directo y legítimo del menor, siempre se lo debe considerar como parte en sentido material. Si ello no fuera así, no se cumpliría con el mandato de la Convención de escuchar al niño (Morello de Ramirez, 2006).

Para finalizar, el niño tiene plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos judiciales o administrativos por si solo como parte con un abogado cuando haya cumplido 14 años. Por debajo de esa edad su representación corresponde a los padres, tutores, Ministerio Público de Menores o tutor ad litem.

4.7.3. Participación sin Revictimización

“El niño debe ser escuchado directamente por el juez, sin perjuicio de que esté representado o que actúe el ministerio pupilar (Ludueña, 2004)”.

Este contacto directo Juez-niño no puede realizarse de cualquier forma, Mizrahi (2008) sostiene que la ineptitud del juez puede provocar la victimización secundaria del niño y adhiere a la postura que el juez debe conocer al niño mediante un contacto personal. Se reclama preparación y capacitación de los jueces para evitar las consecuencias gravosas que acarrearía la revictimización.

Respecto a la temática de investigación, es posible que el juez deba escuchar el relato de un niño que ha experimentado malos tratos por parte de su familia, esto puede conducir a la victimización secundaria o



revictimización que supone revivir el ataque exponiendo al niño a sufrir una aflicción mayor. Para evitar este tormento ADC¹⁷, JUFEJUS¹⁸ y UNICEF¹⁹ (2010) han creado una “Guía de Buenas Practicas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos” en la que se plantearon como objetivos principales reducir el estrés que atraviesan los menores a lo largo del proceso y optimizar las oportunidades para obtener pruebas validas. Esta guía establece una serie de principios que es imprescindible mencionar, entre ellos, la existencia de límites a la indagación previa a la entrevista de declaración testimonial, el policía o el profesional a cargo de la atención inmediata del menor debe realizar preguntas acotadas y básicas, estas suponen determinar qué, quien, donde y cuando ocurrió el hecho. La entrevista de declaración testimonial debe ser una. Se busca evitar la revictimización que implicaría requerirle al menor que repita lo ya declarado. Además se requieren características especiales del ambiente de la entrevista, a fin de que el niño se sienta lo mas cómodo y relajado posible. Es necesario contar con un circuito cerrado de televisión y que la entrevista sea gravada en video y reproducida en simultáneo mediante el equipo de circuito cerrado de televisión.

¹⁷ Asociación de los Derechos Civiles.

¹⁸ Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de justicia de las provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁹ United Nations Children's Fund (fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).



4.8. LA DENUNCIA

A nivel provincial, la Ley de Violencia Familiar, legitima para denunciar a todas aquellas personas que sufriesen un daño físico o psíquico por parte de algunos de los integrantes del grupo familiar y a quienes hayan tomado conocimiento de los hechos de violencia. Por otro lado, admite que en caso de tratarse de menores, incapaces, ancianos o discapacitados que no pudieren realizar la demanda por sí mismos, serán sus representantes legales o quienes tengan la obligación de alimentos los encargados de hacerla, como así también están obligados el Ministerio Público, quienes se desempeñen en organismos asistenciales, educativos, de salud, de justicia y todos aquellos que tengan conocimiento o sospecha de la existencia de violencia familiar.

El Art. 17 de la Ley de Violencia familiar de la Provincia de Córdoba dispone: “Por razones de seguridad, los organismos que receipten las denuncias por violencia familiar y los que intervengan en la sustanciación del proceso, mantendrán en reserva la identidad del denunciante”.

4.8.1. La Denuncia del Maltrato Y La Capacidad Progresiva

El niño está legitimado a denunciar a cualquier integrante de su familia que le ocasione un daño físico o psíquico, amparado en su facultad de ser oído, de acuerdo a su autonomía progresiva.

La denuncia podrá formularse²⁰:

-Ante la Secretaria de Niñez, Adolescencia y familia (SENAF) o sus dependencias.

²⁰ [www.senaf.cba.gov.ar]. Fecha de consulta: 06/01/12.



-Ante las Unidades de desarrollo Regional (UDER) las cuales se encuentran distribuidas en el territorio provincial, como dependencias de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. Estas unidades cuentan con equipos profesionales interdisciplinarios, los que se encargan de adoptar y aplicar las medidas de protección integral. En la provincia de Córdoba son doce en total.

-Ante los servicios locales de promoción y protección de derechos que consisten en áreas de los municipios y comunas, responsables de desarrollar planes y programas de protección de derechos de la infancia a nivel local.

-Ante cualquier agente público, en éste caso, deberá el mismo derivarla a la SENAF o a la UDER que deba intervenir.

-La línea telefónica gratuita 102. Es un servicio que se presta las 24 hs. Los 365 días del año.

-Ante comisaría, fiscalía o juzgado.

La información recepcionada deberá ser documentada en formulario, en el que deberán asentarse todos los datos de la denuncia. Este formulario tendrá carácter reservado²¹.

La jurisprudencia evidencia un avance en reconocer que la denuncia no puede ser desistida. En el fallo “V. H., P. R. s/Procesamiento-nulidad” C.N. CRIM Y CORREC, del año 2011, la damnificada denuncia actos de violencia domestica y luego al ser citada por el magistrado expresa su interés de dar por finalizada la investigación porque ha llegado a un acuerdo con el agresor, a lo que el tribunal dispuso: “la instancia privada motiva la intervención del acusador público

²¹ Formulario especial de denuncia para violencia familiar. (Anexo Pág.79).



una vez instada la acción penal por el particular ofendido. Por ello, el acuerdo al que haya arribado la damnificada con el imputado no resulta idóneo para finalizar el trámite de esta investigación”²²

4.8.2. La Denuncia del Maltrato Y El Interés Superior del Niño

Los niños y adolescentes son víctimas definidas por la más alta vulnerabilidad, la cual viene dada tanto por su propia condición como por el hecho de que, cómo en el caso de análisis de esta investigación, es su propio entorno el que acoge la producción del delito. Estas circunstancias llevan a que el niño se vea controlado por su entorno, la víctima se encuentra imposibilitada a percibir la realidad del agravio y además en muchas ocasiones la familia obstruye su posibilidad de denunciar (Fellini, 2010).

La tendencia legislativa ha sido imponer a los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos y privados y a todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, de comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo responsabilidad de incurrir en responsabilidad por dicha omisión (Art. 30 de la ley 26.061). Igualmente, la ley de violencia familiar ha impuesto la obligación de denunciar, a quienes se desempeñen en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia y, en general, a quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento

²² “V. H., P. R. s/Procesamiento-nulidad” Cam. Nac. Crim y Correc - Sala I - Fecha: 03/03/11.



de situaciones de violencia familiar o tengan sospechas serias de que puedan existir (Art. 14 de la ley 9283).

Con la denuncia del maltrato se busca proteger la integridad física y psíquica del niño, su libertad o su vida. Estos derechos reconocidos por la CDN deben protegerse y procurar su pleno goce. Para ello se debe respetar el principio del interés superior del niño entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías de los niños.

Respecto a la denuncia y su relación con el interés superior del niño, la jurisprudencia presenta el caso en que el denunciante es un miembro de la familia y la prohibición establecida por el Art. 178 del Código Procesal Penal de la Nación intenta hacer comprender que no podrá denunciar.

La mencionada disposición reza de la siguiente manera: “nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o mas próximo que el que lo liga con el denunciado”.

No cabe atenerse a esta norma para el supuesto que se analiza en la presente investigación ya que se trata de un precepto que viola la CDN la cual tiene jerarquía constitucional, infringiendo su principio rector de interés superior del niño.

Con el objeto de esclarecer esta cuestión es preciso considerar el caso “L. R. s/ Nulidad y Sobreseimiento”²³ en esta ocasión quien denuncia es la abuela de los niños contra su hija por el maltrato físico de

²³ “L. R. s/ Nulidad y Sobreseimiento” Cam. Nac. Crim. y Correc. Fed - Sala II- Fecha: 02/09/10.



ésta contra sus hijos, el juez entendió que el caso encuadraba en lo establecido por el Art. 178 del Código Procesal penal, declarando la nulidad de la denuncia. Ante esta resolución el Ministerio Público Fiscal dedujo apelación alegando que dicha prohibición no puede comprender los supuestos como el que se ha presentado en el que la denunciante aparece actuando en representación de su nieta y sostuvo que la resolución a la que se arribó viola diferentes disposiciones de la CDN.

La sala que entendió en la causa interpreto que ajustarse al Código de procedimiento dejaría al menor en un estado de indefensión, y por ello, confrontaría directamente con diversas cláusulas de la CDN y que se debe respetar el principio de protección especial a la niñez.

Otro caso interesante para analizar es aquel en que se impide interponer la denuncia a la persona que toma conocimiento del hecho en el ejercicio de su profesión, es decir, quien no podrá denunciar es aquel que tiene la obligación legal de mantener en secreto la información que ha recibido de su cliente (secreto profesional).

El bien jurídico protegido del secreto profesional es el derecho a la intimidad, el cual tiene jerarquía constitucional, por lo que la revelación del secreto profesional es una violación al derecho en cuestión.

El dispositivo penal que prohíbe la vulneración del secreto profesional establece, como excepción, la existencia de una justa causa (Art. 156, CP).

La doctrina ha sostenido que “justa causa” constituye un verdadero estado de necesidad. Esto significa que estará justificada la revelación de

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



del secreto por parte de un profesional siempre que se pretenda con ello evitar un mal mayor²⁴.

La omisión de denunciar constituye un acto de mala práctica profesional en cuanto existe una negligencia, una impericia o una inobservancia de los deberes a cargo del profesional.

Siempre se debe respetar el principio rector de la CDN.

²⁴ “Zárate, Lucas Matías p.s.a. abuso sexual” Cámara de Acusación de Córdoba. Fecha: 25/7/11.



CONCLUSIÓN

La violencia prevalece en las relaciones en las que existe mayor diferencia de poder.

Al hablar de violencia familiar, el desequilibrio del poder se produce dentro del contexto familiar en sentido abarcativo y se trata de toda acción u omisión dirigida a “dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito familiar (Art. 3 de la Ley 9283).”

Cuando el sujeto pasivo de esta violencia es un niño, se habla de maltrato infantil.

A los niños se les atribuye la condición de débiles y se encuentran respecto al agresor en estado de vulnerabilidad, lo cual hace constar el desequilibrio de poder existente.

El maltrato infantil puede tratarse de un maltrato físico, emocional o sexual que se exterioriza como una agresión a los derechos personalísimos como la vida, la integridad del cuerpo, la salud, la libertad ambulatoria, el honor o la intimidad y el niño puede hacer valer sus derechos reclamando su protección a través del ejercicio de los derechos consagrados en la CDN.

La víctima, como se ha dicho, es un niño. La CDN define a éste como “todo ser humano menor de 18 años de edad”.

El niño víctima de violencia familiar requiere una doble protección: por un lado por ser niño y por otro por ser víctima.

Los niños no sólo son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho, esto significa que son titulares de todos los derechos reconocidos a las personas y también de derechos específicos por su



circunstancia de sujetos en crecimiento. El niño cuenta con la posibilidad de ejercer estos derechos en función de sus aptitudes y desarrollo psicofísico.

La CDN en todo su articulado presenta al niño como sujeto de derecho y por ende con capacidad tanto para ser titular de derechos como para ejercerlos, esto significa oponerse a la idea predominante en el Código Civil del menor definido a partir de su incapacidad.

Sin embargo se advierte que la capacidad para ejercer derechos es progresiva lo cual quiere decir, que es un concepto gradual y dinámico. El niño podrá ejercer sus derechos dependiendo de su desarrollo y la evolución de sus facultades.

Frente al maltrato infantil, la capacidad progresiva se manifiesta a través del derecho que la Convención le brinda al niño de ser oído, a participar y que su opinión sea tenida en cuenta. Estos derechos que puede ejercer el menor inducen a que el niño pueda formular la denuncia en caso de ser víctima de malos tratos e incluso estar en juicio, sin necesidad de autorización de sus padres (como lo regula el Código Civil) y tiene la facultad de contar con un abogado patrocinante que cumpla con su voluntad.

El derecho a ser oído es independiente del lenguaje verbal que maneje el niño, parte de la doctrina considera que puede ejercer este derecho siempre que pueda comunicarse a través de otras expresiones como dibujos, signos o reacciones psicossomáticas.

El derecho a ser escuchado podrá ser ejercido en la medida que el niño pueda utilizar un sistema de comunicación de información que permita ser receptado directamente por el juez. Desde un enfoque psicológico esta posibilidad coincide con la etapa de aparición del



lenguaje que se ubica entre los 2 y los 4 años. A partir de esa edad el juez encuentra mucha información en el niño que le puede servir para fundamentar una resolución, aun así todas las expresiones deben ser interpretadas con el auxilio técnico de equipos multidisciplinares.

Previo a esa edad, el sistema de transmisión de información está dado por el llanto, expresiones emocionales, sonrisa, etc. Por lo tanto, el niño recién nacido y hasta los 2 años de edad no se comunica con las demás personas ya que ni siquiera sabe que existen los otros, las primeras reacciones solo son perceptivas y motoras, aquí la capacidad de hecho para ejercer actos de la vida civil es nula.

El derecho a participar, en procesos judiciales o administrativos, como sujeto “activo” de derechos y a través de un abogado patrocinante supone, a diferencia del derecho a ser oído, discernimiento por parte del niño, es decir que en estos casos debe contar con 14 años cumplidos ya que el abogado presenta la voluntad del niño y los actos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad. De no ser así, el niño puede igualmente participar a través de un representante, pero estos casos presumen una sustitución de la voluntad.

La CDN al instalar la idea de capacidad como regla e incapacidad como excepción se opone al articulado del Código Civil. Partiendo de la base que esta Convención tiene rango constitucional cabría preguntarse si es necesario dejar sentada la inconstitucionalidad de las normas del código de fondo propiciando reformas legislativas que perfeccionen una adecuación normativa o intentar una mirada conciliadora entre la Convención y el Código Civil sosteniendo una derogación tácita de las normas que violan la capacidad progresiva.



Ante al cuestionamiento anterior, este trabajo avala la postura doctrinaria de Minyerski y Herrera que entiende que no es necesaria una modificación de las normas vigentes si se relaciona la capacidad de hecho del niño con su aptitud para ejercer derechos personalísimos y la capacidad que regula el código con los derechos patrimoniales.

En otras palabras, para el ejercicio de los derechos consagrados en la CDN o en la Ley 26.061, o ante la violación de ellos, no se precisa alcanzar ninguna edad previamente determinada. Por el contrario, las distintas edades fijadas en el Código Civil y leyes complementarias se representan, por lo general, de modo directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial.

Es preciso remarcar que el niño, por su calidad de tal, debe ser considerado prioridad al momento de amparar sus derechos, ya que se les atribuye la condición de débiles. Asegurar la efectividad de sus derechos se traduce en el principio de interés superior del niño. A éste se lo caracteriza como garantista, porque ante una controversia de derechos debe primar el derecho del niño. También se lo caracteriza como interpretativo, porque permite determinar un orden de prelación de los derechos de la CDN y otra característica de éste principio es su amplitud ya que obliga a todos a respetarlo.

La capacidad progresiva en concordancia con el interés superior del niño resultan claves para afrontar la situación del niño sujeto a violencia provocada por su propia familia.

El efectivo goce de estos derechos deben ser amparados por la familia en primer lugar, por el órgano administrativo a través de medidas, acciones y organismos destinados a garantizar el interés superior del niño,

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



por el órgano judicial y por aquellas organizaciones no gubernamentales que desarrollan programas de protección de los derechos del menor.

Resulta sumamente importante que el Estado y las ONG adopten medidas educativas que permitan conocer al niño cuando sus derechos están siendo vulnerados y las garantías que se les brinda. Esto porque en ocasiones los niños desconocen que son víctimas de violencia, ya sea porque crecen en un ámbito en donde estos comportamientos son parte de su vida cotidiana y los aceptan como si se trataran de situaciones lícitas y permitidas o porque ignoran que el maltrato pasivo, como la negligencia emocional o el exhibicionismo es violencia.



BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y PUBLICACIONES

- Ballarin, S y Rotonda, A (2006, Diciembre). Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes: Estudio Comparativo de la Ley Nacional 26.061 y leyes provinciales. *Revista de derecho de familia, N° 35, Pág. 11- 21.*
- Beloff, Mary (2007). Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de derechos humanos: "condición jurídica y derechos humanos del niño". *Justicia y Derechos del niño, N°9, Pág.49-123*
- Bossert, G y Zannoni, E (2001). *Manual de derecho de familia (5ª ed.)*. Buenos aires, Arg. Ed. Astrea.
- Cillero Bruñol, M (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre derechos del niño. *Justicia y Derechos del niño, N°9, Pág.125-141.*
- Fellini, Z (2010). Estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial. *Acceso a la Justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia, Pág.31-46.*
- Grosman, C (2002). Responsabilidad Civil y Violencia en la Familia. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nª 20, Pág. 124-139.*
- Gomez, C (2007, Marzo). Apuntes sobre la ley de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba y su reglamentación. *La Ley Córdoba, N° 2, Pág. 115-132.*



- Jarast M. y Rivert J (2011, Junio). Puesta en marcha de una defensa técnica independiente de niños y adolescentes en los tribunales de la ciudad de Córdoba. *Revista de Derecho de Familia*, N°86.
- Lerner, G (2006). La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales en la protección de los derechos de los niños en la ley 26061. *Revista de Derecho de Familia*, N° 35, Pág. 29-45.
- Lovera Parma, D (2008). Razonamiento judicial y derechos del niño: De ventrílocuos y marionetas. *Justicia y Derechos del niño*, N°10, Pág.45-62.
- Ludueña, L (2004). El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior. *Revista de derecho de familia*, N°28, Pág.119-133.
- Martinez, M. (2009, Junio). Ley de violencia familiar en Córdoba. Análisis de sus resultados a dos años de su implementación. *Actualidad Jurídica de Córdoba-Familia y Minoridad*, Pág. 6868-6878.
- Minyerski, N y Herrera, M (2008). Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la Ley 26.061. García Mendez, E (Ed), *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061.*Pág. 43-70. Argentina: Editores del Puerto.
- Mizrahi, M (2008). La participación del niño en el proceso y la normativa del código Civil en el contexto de la Ley 26.061. García Mendez, E (Ed), *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061.*Pág. 71-92. Argentina: Editores del Puerto.



- Morcillo S. y Torres G. (febrero, 2010). Capacidad progresiva y los derechos procesales de niñas, niños y adolescentes. *Revista de Derecho de Familia*, N^o 70.
- Morello de Ramírez, M (2006). El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal. *Revista de derecho de familia*, N^o 35, Pág. 47-53.
- Moreno, G (2006). La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. *Revista de Derecho de Familia*, N^o35, Pág. 55-65.
- Naddeo, M (2006). Comentarios acerca de la ley nacional 26.061, vigencia del paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. *Revista de Derecho de Familia*, N^o 35, Pág. 67-78.
- Ossola, A (2011). *Violencia familiar*. Córdoba, Arg: Ed. Advocatus.
- Pérez Manrique, R (2006). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. *Justicia y Derechos del Niño*, N^o 8, Pág. 249-275.
- Quiroga, E (Agosto, 2009). Ley 26061: ¿Ley de protección integral o de Protección parcial de los derechos de las niñas, niños y adolescentes? ¿Ley inconstitucional? *Revista Familia y Minoridad*, N^o64.
- Spaventa, V (2010, Marzo). La incidencia del concepto capacidad progresiva en la relación paterno/materno- filial. *Revista de Derecho de familia* N^o 45, Pág. 119-133.
- Yuba, G (2011, Mayo). El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia. Observación General N^o13 (2011) sobre el Art.



19 de la CDN. *Revista de derecho de Familia y de las Personas*, N°4, Pág. 17-21.

REFERENCIAS WEB

- [www.asapmi.org.ar]. *Manual de intervención en maltrato infantil. Abuso sexual*. Bringiotti y Comin (2002). Fecha de Consulta: 06/01/12.
- [www.juragentium.unifi.it]. Funciones normativas del interés superior del niño. *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Freedman, D (2005). Fecha de consulta: 20/12/11.
- [www.funvic.org]. Declaración de Naciones Unidas de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder. Fecha de consulta: 17/02/12.
- [www.scielo.org.ar]. *Síndrome de Munchausen por poder y manifestaciones de supuesto evento de aparente amenaza a la vida*. Garrote, N; Indart de Arza, J; Puentes, A; Smith, M; Bagge, P y Pérez Coulembier, M (2008). Fecha de consulta: 29/10/11
- [www.juridicas.unam.mx]. Hermeneutica del concepto actual de víctima. Fecha de consulta: 17/02/12.
- [www.unicef.cl]. Guía de buenas practicas Para el abordaje judicial de niños/a, adolescentes victimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas validas para el proceso. Convención Interamericana de Derechos del Niño (1989). ADC, JUFEJUS, UNICEF (2010, Septiembre). Fecha de consulta: 06/11/11.

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



- [www.asapmi.org.ar]. Protocolo de Abuso Sexual infanto- juvenil. Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2008). Fecha de consulta: 29/10/11.
- [www.unicef.cl]. Minyerski, N (2010) Seminario “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos: protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías” en la Facultad de Derecho de la UBA. Fecha de consulta: 06/11/11.
- [www.senaf.gov.ar]. La importancia de poner limites. SENAF (2010). Fecha de consulta: 30/10/11.
- [www.unicef.cl]. Cartilla Maltrato Infantil (2010). Fecha de consulta: 29/10/11.



ANEXO

1-ANEXO INFORMATIVO

Crean equipo especializado en pericias a víctimas sexuales

14 oct, 2011 | *El propósito es evitar que las reiteradas entrevistas profesionales a las que se ven expuestas las personas en situación de violencia agraven el trauma y vulneren sus derechos.*

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) creó un equipo multidisciplinario especializado que estará encargado de elaborar “en forma exclusiva y excluyente”, los informes y pericias a víctimas de delitos sexuales que sean requeridas por jueces y fiscales. Estará integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales.

“La decisión constituye un paso más en el proceso iniciado hace una década para disminuir la ‘victimización secundaria’ que producen las intervenciones de los equipos técnicos del Poder Judicial durante la investigación de los ilícitos”, detallaron en el Alto Cuerpo.

Cuando se habla de victimización secundaria, los estudiosos del tema explican que se trata del proceso derivado del “maltrato” a que es sometida la víctima por parte del aparato jurídico penal del Estado. En ocasiones, hasta llegando a sentirse humillada por un sistema legal que ignora sus expectativas, sentimientos y necesidades.

El Equipo Técnico de Intervención en Víctimas Delitos contra la Integridad Sexual (ETIV) deberá desarrollar sus actividades “siempre con carácter de urgente”, aplicando los procedimientos técnico-científicos del caso “en el menor tiempo posible”, con la finalidad de asegurar la información provista por la víctima, “e impedir o minimizar el impacto



sobre la misma de factores objetivos o subjetivo internos y externos”, según puntualiza el Acuerdo N° 88 “B” del TSJ.

Los miembros del equipo archivarán la información obtenida durante sus intervenciones en una base de datos encriptada y con accesibilidad restringida a usuarios previamente delimitados, a fin de preservar la intimidad de la víctima.

En este sentido, se creará un legajo único para cada niña, niño, joven o adulto, en el que quedarán reservados, sin fecha de vencimiento, la totalidad de gráficos, borradores, pruebas, filmaciones y protocolos, confeccionados y obtenidos en ocasión de las entrevistas realizadas por los profesionales.

Cabe destacar que el equipo deberá actuar de “forma multidisciplinaria, aplicando un único protocolo de acciones e instrumentos, que deberá adecuarse al marco científico y jurídico que brindan las normas provinciales, nacionales y convenios internacionales, como el estado actual de las disciplinas científicas que rigen la materia”, subrayaron los vocales del Alto Cuerpo.

Estadística local

- Las últimas estadísticas del Programa de Atención Interdisciplinaria para víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual, referidas al segundo semestre de 2010 y ya difundidas por este medio, muestran a las claras la persistencia de la violencia sexual en contra de niños, niñas y mujeres, en manos de personas conocidas y del entorno familiar.



- Las cifras indican que 79% de las víctimas son mujeres, que el victimario tenía un vínculo familiar con la víctima en 66% de los casos y que en 74% de éstos las víctimas son menores de edad. En la franja de cero a cinco años se registra 18% de los casos, 26% en la franja de seis a 10, y 29% en la de 11 a 17 años.

2- ANEXO JURISPRUDENCIAL

Interés Superior del niño. Abuso sexual. Derechos de la víctima.

Fecha: 19/5/2011

Cam. Nac. Ap. Sala V

Extracto del Fallo:

“... La cuestión planteada por la defensa radica en determinar la validez de la declaración brindada por el menor de edad L. D. O. a través del procedimiento establecido en el artículo 250 bis del código adjetivo, en el que relató las acciones disvaliosas que su padre habría realizado en contra de la integridad sexual de su hermana S.I.O., quien al momento de los hechos tenía 4 años de edad.

... la necesidad de una recta administración de justicia mediante el descubrimiento de la verdad, debe ceder ante aquel interés y, en ese contexto, ante la disyuntiva entre la protección del núcleo familiar y la persecución de un delito cometido por uno de sus integrantes contra otro, se otorga primacía a la primera de las alternativas

... por un lado se erige una prohibición procesal que, en abstracto,



veda la posibilidad de que un descendiente declare en contra de un ascendiente y, por otro, se alzan las particularidades del caso, en donde un niño de 7 años relató los hechos ilícitos de índole sexual que habría sufrido su hermana de tan solo 4 años, cometidos por el padre de ambos.

... la necesidad de una protección especial a los niños enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior de aquéllos -entendido como la plena satisfacción de sus derechos- plasmada en el artículo 3ro. de esa normativa, proporcionan un parámetro objetivo que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver las situaciones en las que existan conflictos entre los intereses de niños menores de edad y de los adultos.

... el interés superior de la menor damnificada -entendido, en este caso, como la protección de sus derechos como víctima de un delito de índole sexual- ... prevalece sobre una disposición de carácter procesal que impide a un hijo declarar en contra de su padre ... máxime en este caso en donde los vínculos familiares entre los involucrados ya se encontraban debilitados con anterioridad a la comisión del ilícito a punto tal que la guarda de los menores estaba a cargo de los abuelos maternos-; motivo por el cual, aquélla adquiere relevancia a la hora de elegir entre la aplicación de una u otra norma al caso planteado.

... tampoco debe pasarse por alto que quien prestó declaración en los términos del artículo 250 bis del código de rito, también es un menor de edad -que además de que no pueda descartarse que se viera perjudicado por la situación traumática que le tocó presenciar-, goza del derecho a ser



oído y que su testimonio sea tenido en cuenta en función del artículo 12 de la convención antes citada ...”.

Fallo Completo:

Buenos Aires, 19 de mayo de 2011.

AUTOS Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

La presente causa llega a estudio de esta sala en virtud del recurso de apelación deducido por la defensora de C. R. O., contra la resolución de fs. 8/14, por la que se rechazó el planteo de nulidad articulado por esa parte.

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación y llevada a cabo la deliberación pertinente, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

La cuestión planteada por la defensa radica en determinar la validez de la declaración brindada por el menor de edad L. D. O. a través del procedimiento establecido en el artículo 250 bis del código adjetivo, en el que relató las acciones disvaliosas que su padre habría realizado en contra de la integridad sexual de su hermana S. I. O., quien al momento de los hechos tenía 4 años de edad.

La asistencia técnica del encausado sostuvo que debe declararse la nulidad de tal acto procesal, en tanto que el artículo 242 del código de rito prohíbe la declaración de un hijo en contra de su padre, salvo casos excepcionales que, entiende, no se dan en la especie.

Efectuado un minucioso análisis del asunto planteado, entendemos que la decisión del juez de la primera instancia deberá ser homologada en base a las consideraciones que se explican a continuación.



En primer lugar, cumple aclarar que el objetivo de la prohibición de declarar en contra del imputado prevista en el artículo 242 del código adjetivo, radica en la necesidad de mantener la cohesión familiar y evitar, en consecuencia, rasgar los vínculos afectivos de sus integrantes.

Entonces, bajo esa directriz, es claro que la necesidad de una recta administración de justicia mediante el descubrimiento de la verdad, debe ceder ante aquel interés y, en ese contexto, ante la disyuntiva entre la protección del núcleo familiar y la persecución de un delito cometido por uno de sus integrantes contra otro, se otorga primacía a la primera de las alternativas, con la salvedad de las excepciones previstas en la última parte del artículo citado.

Vista la cuestión de este modo, pareciera ser que asiste razón a la petición efectuada por la defensa de O. Sin embargo, en la especie existe un aditamento importantísimo -más allá de la índole del delito investigado- que obliga a replantear el principio antes formulado en consonancia con las normas supra-legales que pudieran aplicarse al caso; esto es, la minoridad no sólo de la damnificada, sino que también del testigo presencial del hecho.

En este contexto, los principios y garantías contenidos en la “Convención sobre los Derechos del Niño” y las obligaciones para los Estados Partes que de ella emergen, pone en una especial crisis la interpretación que de la norma procesal mencionada debe hacerse en este caso en particular.

A poco que se repare en las singulares características del suceso ventilado, se aprecia la colisión entre el derecho del imputado a la realización de un proceso en el que se observen los preceptos legales y los de la menor de edad víctima de un delito contra la integridad



sexual -quien se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad, no sólo por ser el sujeto pasivo de la conducta aquí investigada sino también por su falta de madurez física y mental- a que se respeten cada uno de sus intereses.

De ello se colige el especial cuadro que muestra la discusión planteada: por un lado se erige una prohibición procesal que, en abstracto, veda la posibilidad de que un descendiente declare en contra de un ascendiente y, por otro, se alzan las particularidades del caso, en donde un niño de 7 años relató los hechos ilícitos de índole sexual que habría sufrido su hermana de tan solo 4 años, cometidos por el padre de ambos.

En este sentido, cabe destacar que la necesidad de una protección especial a los niños enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior de aquéllos –entendido como la plena satisfacción de sus derechos- plasmada en el artículo 3ro. de esa normativa, proporcionan un parámetro objetivo que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver las situaciones en las que existan conflictos entre los intereses de niños menores de edad y de los adultos. Ello es así pues, el niño requiere atención y cuidados especiales que deben partir no sólo de su familia, sino también del Estado en la adopción de medidas tendientes a garantizar esa finalidad.

El interés superior del niño y la especial protección que ellos requieren, constituyen una prescripción de carácter imperativa que obliga a los jueces, como funcionarios del Estado, a una reinterpretación de la legislación nacional a la luz del texto de la convención con el riesgo, en caso de ignorarlos, de incurrir en responsabilidad internacional. Es que los niños tienen derecho a que antes de adoptarse una medida que pueda afectarlos de cualquier modo, se tomen las que promuevan y



protejan sus intereses, dejando de lado todas aquellas que los conculquen. Entonces no puede interpretarse que el código de forma impida a un familiar directo de la víctima menor de edad relatar los sucesos que apreció, máxime cuando por su propia naturaleza tales hechos son ejecutados en la intimidad del seno familiar. Una inteligencia así dejaría a la niña en un estado de indefensión y ello, confrontaría directamente con el texto de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en cuanto obliga al Estado a salvaguardar todos sus derechos.

Por ello, el interés superior de la menor damnificada -entendido, en este caso, como la protección de sus derechos como víctima de un delito de índole sexual- que surge de un tratado que goza de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), prevalece sobre una disposición de carácter procesal que impide a un hijo declarar en contra de su padre (artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación) -máxime en este caso en donde los vínculos familiares entre los involucrados ya se encontraban debilitados con anterioridad a la comisión del ilícito a punto tal que la guarda de los menores estaba a cargo de los abuelos maternos-; motivo por el cual, aquélla adquiere relevancia a la hora de elegir entre la aplicación de una u otra norma al caso planteado.

Por tal motivo, es posible afirmar que en el sub lite la utilización automática de la prohibición que consagra el artículo citado, como pretende la defensa, choca con la valoración, interpretación y razonabilidad que exige la aplicación de cualquier norma a un caso en particular, más aún cuando hay un cruce de derechos y prerrogativas entre la víctima menor de edad y el victimario.



Por último, tampoco debe pasarse por alto que quien prestó declaración en los términos del artículo 250 bis del código de rito, también es un menor de edad -que además de que no pueda descartarse que se viera perjudicado por la situación traumática que le tocó presenciar-, goza del derecho a ser oído y que su testimonio sea tenido en cuenta en función del artículo 12 de la convención antes citada y de todo lo expuesto en los párrafos anteriores.

Por ello, en mérito a lo expuesto, se RESUELVE:

CONFIRMAR contra la resolución de fs. 8/14 por la que se rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa de C. R. O.

Devuélvase al juzgado de origen, sirviendo la presente de atenta nota.

La jueza María Laura Garrigós de Rébora no suscribe por encontrarse en uso de licencia.

Rodolfo Pociello Argerich - Mirta L. López González

Ante mí:

Andrea Fabiana Raña

Secretaria Letrada de la C.S.J.N.

3-ANEXO DOCUMENTAL

FORMULARIO ESPECIAL DE DENUNCIA PARA VIOLENCIA FAMILIAR.

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.

Fecha: ...de..... de 200.. a las :

1) DATOS DEL/A DENUNCIANTE: (Los datos deberán mantenerse en reserva cuando el/la denunciante lo peticione)

1. Nombre y Apellido:

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



2. D.N.I.:

3. Vínculo o relación con la víctima:

4. Tel/Cel. de contacto:.....

5. Ha recibido amenazas por parte del denunciado o allegados al mismo de represalias ante una denuncia? Si No ¿Cuáles?.....

2) DATOS DE LA VÍCTIMA:

1. Nombre y apellido:.....

2. Edad:.....

3. D.N.I.:.....

4. Domicilio real:

5. Domicilio Provisorio:.....

6. TE/cel (propio o de contacto):

7. Ocupación:

8. Educación:

9. Lugar de esparcimiento frecuentado:.....

10.¿Posee Obra Social o Cobertura Médica:.....

a. Si ¿Cuál?.....

b. No

c. NS/ NC

11. ¿Ha asistido con anterioridad a hospitales o centros asistenciales u otra institución como consecuencia de lesiones causadas por Violencia Familiar?

a. Sí

b. No

c. NS/ NC

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



12. En caso afirmativo, indicar:

a) Nombre de la institución a la que asistió:.....

b) Fecha aproximada:.....

c) ¿Debió ser internado?..... Duración de la internación:.....

13. ¿Ha asistido con anterioridad a Hospitales o Centros Asistenciales psiquiátricos como consecuencia de lesiones causadas por Violencia Familiar?

a) Si

1. Voluntariamente:..... 2. Involuntariamente por orden de un tribunal civil o penal.....

b) No

c) NS/ NC

14. En caso afirmativo, indicar:

a. Nombre de la institución a la que asistió:.....

b. Fecha aproximada:.....

c. ¿Debió ser internado?..... Duración de la internación:.....

15. Indique si ha acudido a los Tribunales de esta Provincia o de otra Provincia a realizar trámites legales relacionados a:

a) Divorcios

b) Separación de hecho

c) Denuncias por incumplimiento de los deberes de Asistencia familiar,

d) Impedimento de contacto

e) Denuncias penales - exposiciones

f) Etc...

16. En caso afirmativo consignar:

a) El Juzgado interviniente.....

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



b) Cualquier otro dato que estime de importancia consignar.....

17. En caso de maltrato infantil (abuso de menores) o de discapacitados deberá especificarse:

a) Nombre del dispensario o centro médico asistencial al que se concurrió.....

b) Los motivos de la consulta.....

c) Diagnóstico.....

d) Tratamiento.....

e) ¿Debió ser internado?

1. Voluntariamente:.....

2. Involuntariamente por orden de un tribunal civil o penal.

f) Duración de la internación:.....

3) DATOS DEL DENUNCIADO :

1. Nombre y Apellido:

2. D.N.I.....

3. Edad (aproximada).....

4. Domicilio Real:.....

5. Domicilio Provisorio:.....

6. Domicilio de Familiares y/o amigos:.....

7. Ocupación.....

8. Lugar de trabajo.....

9. El o la agresor/a ¿consume drogas?

a. Sí

b. No

c. NS/ NC

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



10. El o la agresor/a ¿consume alcohol en exceso?

- a. Sí
- b. No
- c. NS/ NC

11. ¿Ha sido denunciado con anterioridad?

- a. Sí
- b. No
- c. NS/ NC

12. En caso afirmativo indicar:

- a. Fecha aproximada.....
- b. Motivos de la denuncia.....

13. ¿Con anterioridad a la presente denuncia ha tenido episodios de violencia o agresiones contra miembros del grupo familiar o terceros?

- a. Sí
- b. No
- c. NS/ NC

14. En caso afirmativo indicar:

- a. Persona a la que agredió (indicar parentesco si lo hubiera).....
- b. Fecha aproximada.....
- c. Motivos de la agresión.....
- d. Consecuencias de la agresión.....

15. ¿Tiene antecedentes de internaciones hospitalarias generales (ej. lesiones)?

- a. Sí
- b. No

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



c. NS/ NC

16. ¿Tiene antecedentes de internaciones psiquiátricas?

a) Sí.

1. Voluntariamente:.....

2. Involuntariamente por orden de un tribunal civil o penal.

c) No

c) NS/ NC

14. En caso afirmativo, indicar nombre de la institución siquiátrica:

15. Lugares de esparcimiento frecuentados por el denunciado, indicándolos en su caso.....

16. Nombre de amigos vinculados con fuerzas policiales y/o de seguridad.....

17. ¿Ha recibido amenazas de represalias que podrían llevar a cabo, ante una eventual denuncia?

a) Si

b) No

18. En caso afirmativo indicar:

a. ¿A quién han sido proferidas (denunciante o allegados)?.....

b. ¿Qué tipo de amenazas?

c. ¿Tiene conocimiento de que el denunciado posee armas?

a. Si

b. No

En caso afirmativo indique cual/es:

17. ¿Posee antecedentes penales?

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



c. Si.

d. No.

En caso afirmativo indique cuales:.....

Aclaración: En caso de maltrato infantil, para el supuesto de ser denunciados ambos padres deberán completarse los datos de los mismos y constatar la intervención previa de Tribunales de Menores y/ o Familia, según el caso.

4) RELACIÓN DETALLADA Y CIRCUNSTANCIADA DEL/LOS HECHO/S (tiempo-lugar-modo):

.....
.....

Nota: En caso de ser necesario utilizar otra hoja que luego se anexa al presente formulario.

Modalidad: a) física...b) psicológica....c) sexual:...d) económica.....

Medios empleados:.....

Consecuencias psíquicas, físicas y/o de salud:

Intervenciones médicas autorizadas y lugar:

Individualización de otra/s víctima/s (mujer-niño/a-anciano/a-otro/a):
.....

Mencione si ha recibido amenazas:

Contexto social de la víctima (amigos, recursos, otros):.....
.....

En calidad de que habita la vivienda:

a) Prestada,

b) Alquilada,

c) Propietaria,

d) Usurpada,

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



e) Terreno fiscal,

f) Otros,

g) Titularidad del terreno.

Otras personas que conviven en el domicilio (mencionar vínculo o relación).

.....

5) HECHOS VIOLENTOS OCURRIDOS CON ANTERIORIDAD:

Relate los hechos violentos ocurridos con anterioridad, hayan sido o no denunciados o mediare exposición policial en precintos.....

.....

.....

Indicar

a) Fiscalía de Instrucción:.....

b) Unidad Judicial y/o Precinto Policial interviniente.....

c) Individualización de la/s víctima/s de la violencia (mujer, niños, ancianos, etc.).....

d) Modalidad (Física, Psicológica, Sexual, Económica):.....

e) Casos de violencia cruzada:.....

f) Frecuencia del maltrato:.....

g) Medios empleados:.....

h) Consecuencias físicas y/o de salud e intervenciones médicas efectuadas, con indicación de nosocomios:.....

6) RELACIÓN CON EL DENUNCIADO (Composición del Grupo Familiar):

1. Indicar la relación familiar y/o vínculo legal o de hecho de la víctima con el denunciado:

a. Marido/Concubino

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



b. Hijo

c. Sobrino/Tío

d. Madre/Padre/Padraastro/Madrastra

e. Hermano

f. Primo/Cuñado

g. Tutor/Curador

h. Otros

2. Cantidad de Hijos:

3. ¿Existen en su familia menores convivientes?

a. Sí

b. No

c. NS/ NC

4. En caso afirmativo indicar:

a. Edad de los mismos:

b. Cuentan con documentación:

c. Escolaridad: Establecimiento al que asisten:

d. Centro Médico Asistencial y/o dispensario al que concurren:

.....

e. Otras personas que conviven en el domicilio:

5. ¿Existen en su familia discapacitados?

a. Sí

b. No

c. NS/ NC

La Capacidad Progresiva del Niño Víctima de Violencia Familiar

Lucía Dezzi



6. En caso afirmativo indicar:

a. Edad de los mismos:

b. Cuentan con documentación:

c. Escolaridad: Establecimiento al que asisten:.....

d. Centro Médico Asistencial y/o dispensario al que concurren:.....

7. Indique la ocupación de los miembros de la familia:.....

.....

7) MODALIDAD DE VIOLENCIA:

Indicar la modalidad de violencia ejercida por el o la agresor/a:

a. Violencia conyugal

b. Violencia a niños

c. Violencia a discapacitados (discriminando niños y/o adultos, discapacidad psicomotriz o mental)

d. Violencia a ancianos

e. Violencia a incapaces

f. Violencia Económica

8) MEDIOS EMPLEADOS:

Indicar los medios empleados por el o la agresor/a:

a. Amenaza y/o coacción con entidad suficiente para provocar temor en relación a la integridad física, síquica y/o situación económica, tanto de la denunciante como de los integrantes del grupo familiar convivientes o no.

b. Violencia Física: Golpes/puntapié/otros.

c. Violencia Física con objeto contundente/ punzocortantes/ arma blanca/ arma de fuego/ otros (detallar si se encuentran en la vivienda).

d. Violencia Económica.



Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Dezzi, Lucia
E-mail:	<u>lucipd@hotmail.com</u>
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“La capacidad progresiva del niño víctima de violencia familiar”
Título del TFG en inglés	“The increasing ability of the child victim of family violence”
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	
Integrantes de la CAE	Warde, Adriana; Taboas, Verónica
Fecha de último coloquio con la CAE	21/03/2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo

Firma del alumno