

Los Menores Como Sujetos Pasivos Del Derecho Penal. Tratamiento y Protección¹

Gretter Valdés Rosales²

Marisol Brito Villalta³

“Hay que dar al niño hombros para que sustente el peso que la vida le eche encima, no peso ajeno que oprima sus hombros.”

José Martí

RESUMÉN

Este artículo trata de los menores como sujetos pasivos del derecho. Establece que los estados signatarios 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. persigue como fin provocar reflexiones en torno a los que tienen la responsabilidad de hacer efectiva la protección de los menores, apoyándonos en la ciencia de la victimología y la responsabilidad del fiscal como máximo velador de la legalidad, desde la óptica del derecho penal sustantivo y adjetivo, representante del poder estatal cubano, para el cual la formación y desarrollo de los niños tienen especial protección. Considera aspectos teóricos y doctrinales nel ámbito del derecho penal. Además, aborda el tratamiento de los menores en el ordenamiento penal.

Palabras clave: *Menores. Derecho penal. Tratamiento de los menores.*

1 Fecha de recepción: 18/05/2017. Fecha de aceptación: 02/06/2017.

2 Esp. Gretter Valdés Rosales. Fiscal. Fiscalía Provincial Camagüey

3 Esp. Marisol Brito Villalta. Fiscal. Fiscalía Provincial Camagüey

1 INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de la cual Cuba es parte, establece que los estados signatarios 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, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño.

El tratamiento de las víctimas del delito constituye un tema contemporáneo de reflexión, discusión y análisis. En cada caso delictivo que ocurre y la víctima es un menor o la probanza y conocimiento de la verdad dependen del testimonio de un infante, de inmediato surge un rechazo a creer en el relato de hechos que el mismo brinda, producto de concepciones erróneas que lo consideran cognitivamente incompetente para no ser sincero.

Es una realidad que las familias cubanas enfrentan problemas jurídico penales y esperan encontrar la solución del agravio en el proceso penal, sin embargo, en la práctica judicial se constatan una serie de insuficiencias, que van en detrimento de la real protección de los infantes, quedando afectados no sólo ellos, sino su entorno familiar y social.

Por ello el presente persigue como fin provocar reflexiones en torno a los que tienen la responsabilidad de hacer efectiva la protección de los menores, apoyándonos en la ciencia de la victimología y la responsabilidad del fiscal como máximo velador de la legalidad, desde la óptica del derecho penal sustantivo y adjetivo, representante del poder estatal cubano, para el cual la formación y desarrollo de los niños tienen especial protección.

2 LA VÍCTIMA. CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y DOCTRINALES EN EL DERECHO PENAL

La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfrutó del máximo protagonismo -su edad de oro- durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente neutralizada por el sistema legal moderno y redescubierta posteriormente por la tendencia actual del pensamiento moderno.

En el Estado Esclavista Romano podemos advertir tres etapas en la relación autor-víctima, a saber: la venganza ilimitada, la venganza proporcional (Ley del Talión), la retribución del daño (Compositio).

Los estudios precursores de la llamada Victimología, se inician a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Hans Von Henting publica en la Universidad de Yale su estudio sobre el criminal y la víctima. Henri Ellenberger trabaja paralelamente sobre el tema ensayando una clasificación de las víctimas en su estudio "Relaciones Psicológicas entre el Criminal y la Víctima".

En 1946 Mendelsohn utiliza la palabra "Victimología" y señala la necesidad de estudiar científicamente a la víctima. Los primeros en trabajar sobre Victimología en América Latina procurando profundizar en el tema, fueron el maestro Jiménez de Asúa, el argentino Sampertegui y Rafael Mendoza Troconis, entre otros.

El tránsito de un Derecho penal con connotaciones privadas a un Derecho penal público tuvo indudables ventajas, tanto en términos de pacificación social como en objetividad, imparcialidad y proporcionalidad. Sin embargo, está ausente la víctima de la definición de la pena y de sus finalidades: la pena es un castigo por el comportamiento delictivo, que cumple finalidades de prevención general y especial.

En 1985, después de los pronunciamientos del VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, celebrado en Milán, se aprobó la Resolución 40/34, «Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder».

En 1988 se celebró el VI Simposio Internacional de Victimología en Jerusalén y en 1990 el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, efectuado en La Habana, examinó el tema sobre las «Medidas para proteger a las víctimas y testigos de actividades de tipo terrorista».

Deberá entenderse entonces desde el punto de vista *jurídico-penal*, que víctima es la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por un hecho delictivo, la que se convierte en el objeto de estudio de la Victimología, cuya función básica es la obtención de un núcleo de conocimientos asegurados sobre la misma, es un saber sistemático, ordenado, generalizador, no de mera acumulación de datos e informaciones aisladas e inconexas, sino que brinda conocimientos científicos obtenidos de métodos y técnicas de investigación rigurosa en su aplicación, contenido y fiabilidad, con su propio método de estudio: el Clínico.

3 TRATAMIENTO DE LOS MENORES EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL SUSTANTIVO

La Constitución de la República de Cuba de 1976, en su artículo 40 establece que la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad y que la familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud.

Con apego a este precepto constitucional, el artículo 127 da la función a la Fiscalía General de la República, como órgano del Estado, del cumplimiento de lo dispuesto en las normas, y la Ley No. 83 de 1997, Ley de la Fiscalía General de la República y su Reglamento, se convierten en instrumentos que guían y uniforman las acciones del fiscal en todo el territorio nacional. Especial relevancia y sensibilidad posee la labor del Ministerio Público en la protección de los derechos

del menor y otorga la facultad de representar y defender a los que carezcan de representación legal.

El delito⁴ es generalmente una experiencia negativa para el que lo sufre, tanto como puede ser un accidente o cualquier otro evento traumático. Uno de los rasgos más importantes es que en la generalidad de los casos no se puede vaticinar cuándo y cómo se producirá este.

Los sujetos en el esquema delictual son de dos clases: activos y pasivos. El activo, la persona natural o jurídica que realiza la conducta. El pasivo, el titular del bien jurídico afectado por el delito y sobre el que recae el resultado, que se desdobra en la afectación material o inmaterial, el cambio que se produce con el mundo exterior como consecuencia del delito.

El menor, entendido en nuestra práctica judicial penal, conforme a lo establecido en el artículo 16 apartado 2 de la norma sustantiva, a aquellos que no han cumplido los 16 años de edad y se convierten en víctimas de delitos, en el caso que se cometa una acción u omisión contra su persona o sus intereses, que se cometa un acto delictivo con su participación o en su presencia.

El Código Penal Cubano establece diferentes figuras delictivas donde se protege el menor víctima y se agrava la sanción si el sujeto de derecho lo utiliza en el acto delictivo. Dentro de ellas destacamos el **Título XI Delitos contra el Normal Desarrollo de las Relaciones Sexuales y contra la Familia la Infancia y la Juventud.** Este es el Título en el que por excelencia se protege a los menores de diferentes conductas, de allí que en los capítulos que a continuación se señalan se trate.

⁴ Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por ley bajo conminación de una sanción penal. Artículo 8.1 Código Penal Cubano.

4 TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA. CONSIDERACIONES

En nuestra Ley Adjetiva se hace referencia a los menores, únicamente en el artículo 179 en el Capítulo referido a la Declaración de los Testigos, en el que se señala que se examinará al testigo menor de edad por vía de exploración, lo que tiene su antecedente en el derecho canónico. Esta no es **más que un interrogatorio libre de todo formalismo legal**, es un acto cuya representación corresponde a los padres. Superior resulta la Ley de Procedimiento Militar, en cuanto a la exploración de los menores, consignando en su art. 187, “que para efectuar la exploración de un menor de 14 años de edad se requerirá de un familiar allegado, o su representante legal, se citará a un maestro, pedagogo, o psicólogo infantil, para que oriente adecuadamente la exploración. No se hará la advertencia del artículo 178, no obstante, el actuante le explicará la importancia de que su testimonio sea completo y veraz, y le hará saber a todos los participantes sus derechos. Las personas que participen en la exploración del menor podrán formularle preguntas a este con la autorización del actuante, el que podrá rechazarlas si las estima improcedentes, lo cual hará constar en acta”.

Cuando se tome declaración a un menor deberá realizarse en un ambiente adecuado, de manera no muy llamativa, debe establecerse con él una conversación informal donde se hayan abordado cuestiones secundarias para finalmente caer en el tema central y, a partir de entonces, es aconsejable una exposición continua, observando con mucha atención las reacciones del pequeño testigo, su semblante, el receptor no debe dar señales de apremio o prisa, es necesario que se haga gala de ser una persona equilibrada, una persona calmada y esto inspirará confianza en el niño, hay que observar su lenguaje, si es propio de un niño o revela palabras que parece que fueron enseñadas.

Al enfrentarse a un menor víctima o de otro tipo, el explorador debe tener pleno dominio sobre el suceso, llegando a saber sobre

este lo mismo o más que el propio niño, así como no puede obviar la edad con que cuenta, la que hemos referido no tiene límites para conocer lo sucedido, pues se ha demostrado que incluso niños tan pequeños como de tres y cuatro años de edad pueden tener recuerdos bastante exactos, aunque más incompletos o con menos detalles que los de niños mayores de ocho años cuando se les dan instrucciones de recuerdo libre.

Consideramos que este acto procesal debiera delegarse por facultad normada en un especialista, al no establecerse así, debiera entonces el receptor tener al menos como regla alguna experiencia en el tratamiento de un niño, realizando un interrogatorio concienzudo que permita apreciar los hechos, nunca conformes con un sí o un no, pues es necesario que el menor amplíe y ofrezca elementos del relato que sean más creíbles y el niño va a declarar sobre aspectos que pudieran afectarlo en su honor o que tengan que ver con esto, deberá cuidarse de no forzarlo a dar detalles que lo afecten porque tratarán de evadir la respuesta.

Desde el punto de vista intelectual y en cuanto al desarrollo de su pensamiento, el niño se encuentra en el período de edad de las operaciones concretas, por lo que es capaz de captar que existen diferencias, aparecen los procesos de agrupamiento, pueden hacer clasificaciones, pero todo esto referido a objetos palpables porque su pensamiento es concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta conveniente analizar algunos principios en el desarrollo de la entrevista infantil, pues hemos observado el fracaso en el interrogatorio del menor en muchos casos:

Brindarle al niño un clima de aceptación, confianza y seguridad, pudiendo ser útil indagar en sus actividades en la escuela, sus amigos y cualquier otro aspecto de interés que hayamos obtenido del estudio previo del asunto, de manera que nos permita garantizar el éxito.

Los niños tienen un mundo cargado de fantasía, por tanto, la confiabilidad de su dicho es relativa. En la entrevista debemos

formularle al niño preguntas cercanas a su mundo interno, de una manera clara y precisa.

La declaración de un menor víctima debe valorarse en su momento teniendo en consideración las circunstancias de ocurrencia del hecho y la edad del mismo, la cual no se encuentra limitada y se considera a partir de la posibilidad del niño de informar y dar detalles sobre lo sucedido (médicamente desde los tres años), así como atendiendo a que en la mayoría de las ocasiones los menores son víctimas de los «delitos de soledad» en los que sólo está presente la víctima y su atacante, hay que atender a la verosimilitud de la declaración, a la confiabilidad de la misma, la precisión de dichas manifestaciones, su coherencia, la persistencia de ellas y, sobre todo, confirmación de lo declarado por los demás datos y pruebas que se practiquen.

La confirmación de la declaración de un niño víctima puede realizarse a través del análisis de algunos elementos existentes en la investigación y otros que pueden obtenerse mediante la práctica de algunas diligencias, siendo ellos la propia declaración de un acusado confeso, en la que se pueden brindar detalles y circunstancias de la acción, referidos por el menor; la prueba documental, como lo es el acta de inspección del lugar del suceso, con la que se puede corroborar el dicho del menor y su verdad al describir detalles significativos del lugar que demuestren su presencia en el mismo y la existencia de elementos de la acción de la que resultó, la declaración de otros testigos, que tiene gran importancia para confirmar lo expuesto por el niño y lo obtenido por otros medios de pruebas.

En cada caso donde sea víctima de un hecho delictivo un menor y pueda ofrecer dudas su testimonio, atendiendo a las características del hecho, es válido solicitar la evaluación y análisis de la declaración por especialistas de la materia, a fin de que emitan un informe sobre la credibilidad de la declaración de un niño en un caso concreto.

La validación de la confiabilidad del testimonio en menores es un tema pobremente tratado a pesar de resultar extremadamente

delicado y complejo en su realización práctica. Es la certificación del grado cualitativo de confiabilidad para su utilización en el proceso judicial, en su carácter de prueba testifical con todas las reservas que una prueba testifical tiene, sin que se refiera a la confiabilidad del niño que testimonia, sino del testimonio que ofrece. Dificilmente puede efectuarse sin la integración de psiquiatras, médicos legistas y psicólogos, pues en cada caso particular puede ser decisivo el aporte de alguno de ellos, especialmente en el caso de menores.

A los fines criminalísticos debe considerarse tan sólo como un análisis de expertos, sobre el grado de confiabilidad (no de veracidad) de lo relatado por el menor, en función de establecer si su descripción del delito objeto del proceso penal es utilizable como prueba testifical. Obviamente, el valor de los resultados de esta pericia será siempre infinitamente menor que el de cualquier prueba objetiva, la cual demuestre o niegue el contenido del testimonio. Puede considerarse que en existencia de tales pruebas que demuestren la objetividad del testimonio del niño, la validación será innecesaria.

Para validar el testimonio de la víctima menor de edad será imprescindible:

Que se aporte siempre toda la información disponible sobre el caso y aún más, se debe estar en disposición de abrir nuevas búsquedas, en interrelación con lo que vayan obteniendo o necesitando los peritos. Igualmente se deberán informar a los peritos las causas que hacen dudar de la confiabilidad del testimonio del niño o niña. Asimismo, poner a disposición de los peritos el contenido textual de la "exploración del menor" obtenida según los requisitos procesales, ya que esta es, en definitiva, el objeto del examen pericial.

En la práctica se encuentra con frecuencia que los funcionarios penales consideran imprescindible someter siempre a duda lo que declara un menor, pero lamentablemente ello no se acompaña de una búsqueda de elementos de comprobación objetiva o referencial de lo que el niño describe, considerando entonces erróneamente que

la “validación” sustituirá a la comprobación criminalística, como si esta alcanzara el nivel de la verdad absoluta.

Otras veces se elaboran dudas a partir de características contextuales de la relación entre el niño o niña víctima y el acusado, elaborando hipótesis mediante la asociación sesgada en un solo sentido de acontecimientos tales como: si la niña es mentirosa habitualmente, miente ahora, olvidando que el mentiroso puede estar diciendo la verdad y que en todo caso su selección para ser victimizado puede verse favorecida porque ese rasgo garantice impunidad al acusado cuando el asunto quede a nivel de “palabra contra palabra”.

Si el acusado tiene “buena conducta” y el niño proviene de un medio socialmente inferior existe una tendencia a parcializarse a favor del acusado, olvidando que esa diferencia también favorece la selección precisamente de esa víctima, así como que esta vez puede ser la primera; también si hay violencia y promiscuidad en el medio familiar del niño, olvidando que estos son factores de riesgo para muchas formas de victimización, como la sexual.

En cuanto a testimonios infantiles está demostrado que la inmensa mayoría no se corresponden con hechos ficticios y que si bien es importante conocer todos los elementos contextuales del menor, el presunto delincuente y su contexto interpersonal, para orientarse en la interpretación del caso, la confiabilidad estará dada por la presencia en la descripción de determinadas irregularidades o “índices discriminativos”, que son los que deciden el criterio pericial.

La validación de testimonio no es una solución en el proceso investigativo, no es prueba tasada, si no existen dudas no hay necesidad de solicitarla y cuando se decida hacerlo deberá ser considerada como prueba pericial acorde con las reglas de peritación.

Importante resulta para la protección del menor que la evaluación que realicen los especialistas no solo esté dirigida a buscar otro medio de prueba para imputar el ilícito penal al quien lleve la condición de acusado en el proceso, sino que además, y con igual

o mayor importancia, deberá realizarse evaluación psicológica del grado de afectación y las recomendaciones médicas para lograr la menor afectación en el desarrollo del infante y, aparejado a ello, la orientación especializada al representante legal, familiares y medio social en que se desenvuelve el menor.

A partir de las consideraciones expuestas anteriormente es posible concluir que en cada momento que se requiera la participación de un menor víctima de un hecho delictivo, consideramos que se podrá llegar a la convicción de la existencia de un testimonio, verdadero o falso, según el caso, y con ello a la aplicación de una justicia correcta, sin causar mayores afectaciones a ese niño sujeto de delito.

En la legislación penal adjetiva cubana se establece la exploración del menor, equiparándola a la declaración de testigo, por lo que resulta indispensable para su real protección la preparación y especialización que del tema posean los responsabilizados con el proceso penal, desde que se realiza la denuncia o se tiene conocimiento de un hecho delictivo en los que el perjudicado resulta ser un menor, ello como parte de la protección estatal que de los infantes desarrolla la Revolución y de lo cual somos responsables.

OS MENORES COMO SUJEITOS PASSIVOS DO DIREITO PENAL. TRATAMENTO E PROTEÇÃO

RESUMO

Este artigo trata dos menores como sujeitos passivos do direito. Estabelece que os estados signatários garantam à criança, que esteja em condições de formar-se um juízo próprio, o direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que afetam a criança. Persegue como fim provocar reflexões em torno aos que têm a responsabilidade de fazer efetiva a proteção dos menores, nos apoiando na ciência da vitimologia e responsabilidade do fiscal como máximo velador da legalidade,

desde a ótica do direito penal substantivo e adjetivo, representante do poder estatal cubano, para o qual a formação e o desenvolvimento das crianças têm especial proteção. Considera aspectos teóricos e doutrinários no âmbito do direito penal. Ademais, aborda o tratamento dos menores no ordenamento penal.

Palabras clave: *Menores. Derecho penal. Tratamento aos menores.*

CHILDREN AND ADOLESCENTS AS PASSIVE SUBJECTS OF CRIMINAL LAW. TREATMENT AND PROTECTION

ABSTRACT

This article treats children and adolescents as passive subjects of law. It stipulates that the signatory states shall ensure that the child, who is able to form his or her own judgment, the right to express his or her opinion freely in all matters affecting the child. It pursues as an aim to provoke reflections around those who have the responsibility to make effective the protection of the children, supporting us in the science of the victimology and responsibility of the prosecutor as the maximum vigilante of the legality, from the perspective of the substantive and adjective penal law representative of the state power of Cuba, for which the training and development of children have special protection. It considers theoretical and doctrinal aspects of criminal law. In addition, it deals with the treatment of children in the penal system.

Keywords: *Children and adolescents. Criminal law. Treatment of children.*

REFERENCIAS

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. 1992. **Constitución de la República de Cuba**. La Habana: Editora política., Cuba.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 5, De Procedimiento Penal, Gaceta Oficial de la República de Cuba**, Ed. Ext. Esp., de 1ro. de octubre de 1992.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 6**, Procesal Penal Militar, Gaceta Oficial de la República de Cuba, de 18 de agosto de 1977.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. **Ley No. 62, Código Penal anotado con Instrucciones y Sentencias del Tribunal Supremo Popular**, Divulgación Ministerio de Justicia, noviembre de 1998.

BONNET, Emilio. **Medicina Legal**. 2. ed. Buenos Aires: López Librero Editores, 1980.

Colectivos de Autores. enero de 2003. **Libro de Temas de Medicina Legal**. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La Habana, Cuba.

Drapkin, Israel. **El derecho de las víctimas**. 1976.

Melgar, Liberio Oliva. **Reflexiones sobre el sentimiento subjetivo de las víctimas**. Intervención especial, 1. Seminario Internacional sobre Victimología. Palacio de las Convenciones, Cuba. 1998.

Mendelshon, Benjamín. **La Victimología y las Tendencias de la Sociedad contemporánea**. Ilanud al día, año 10. San José: 1981.

Neuman, Elías. **Victimología**. Buenos Aires: 1984.

Rodríguez, María Peirallo. La afectación psicológica de las víctimas de los

delitos. Dirección de Información Jurídica y Divulgación, Ministerio de Justicia, República de Cuba. **Revista Jurídica**, Número 2, noviembre, año 2000. Pág. 31 a 37.

Vidal, Elisa Montalvo. **Entrevista publicada en el periódico Trabajadores**. 6 de Nov. de 2006, pág. 14.

VILLALTA, Marisol Brito. 2007. **El Daño psicológico en las víctimas por delitos sexuales en la práctica judicial cubana**. Tesis en opción de Grado Científico. Camagüey, Cuba.