



CAPÍTULO

CINCO

VALIDEZ DE LOS
MEDIOS PROBATORIOS
OBTENIDOS MEDIANTE VIDEOGRABACIÓN EN
LA TOMA DE DECLARACIONES A NIÑOS Y NIÑAS

LAS MANIFESTACIONES DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD



como prueba en los delitos contra la integridad sexual y física. ¿Es posible conciliar el ejercicio del derecho fundamental del imputado a interrogarla con la necesidad de evitar la revictimización?

Fernando Díaz Cantón¹

Nuestra arquitectura mental parece exigir, por motivos culturales, mundos morales y normativos elaborados en 'blanco y negro', a pesar de que la realidad que apreciamos es suficientemente colorida a la luz de nuestros sentidos.

Julio B. J. Maier

1. Introducción

En este trabajo me propongo analizar un aspecto en particular de la prueba en el proceso penal: las manifestaciones de menores de edad víctimas de delitos que comportan abusos sobre su persona, comúnmente delitos contra la integridad física y sexual. En especial, me centraré en el modo en que el derecho positivo vigente en nuestro país –sin descuidar las referencias al derecho extranjero– regula la incorporación de este medio de prueba al proceso (en gabinetes especialmente acondicionados o cámaras Gesell y por intermedio de un experto en niños y adolescentes), puesto que allí se puede apreciar, a nivel normativo, la tensión expuesta en el título de este artículo y el modo en que las reglas del proceso procuran aliviarla y armonizar los intereses en conflicto².

Los factores que confluyen para provocar ese conflicto se relacionan con la obtención de la declaración del menor víctima de abuso porque:

- a) suele ser fundamental para la comprobación del delito y la individualización de sus autores, cómplices o auxiliares;
- b) presenta dificultades, debido a las inhibiciones que suelen tener los menores víctimas de abusos para hablar de tan traumáticas vivencias, a los típicos "bloques" de la memoria o lagunas mentales que suelen sufrir debido al episodio que les ha tocado vivir y a la coacción de que suelen ser objeto por parte de los abusadores;

² La mayor parte de las ideas aquí volcadas han sido tomadas de mi trabajo "Declaraciones de menores víctimas de abuso en cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo", *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, en prensa.

¹ Profesor Adjunto Regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA.

- c) implica para él revivir de alguna manera los hechos que lo tuvieron por víctima, lo que genera el riesgo de un daño adicional, conocido por la literatura especializada como victimización secundaria o "revictimización"³, paradójicamente provocada por el proceso que procura indagar lo sucedido para verificar si corresponde el castigo del culpable, donde, además del temor a posibles represalias por parte del abusador, debe someterse al interrogatorio de la defensa⁴;
- d) los menores suelen ser susceptibles a la sugestión o a la manipulación por parte de los mayores (sus padres o la misma policía), lo cual genera el riesgo de "contaminación" de los dichos y de consiguientes acusaciones falsas.

La adecuada puesta en escena de estos factores nos servirá para analizar la forma en que el derecho positivo vigente resuelve dichos conflictos y nos colocará en una posición cómoda para el desarrollo de la crítica.

2. Sobre la importancia de los dichos de menores víctimas

De la declaración del menor pueden surgir otros elementos de convicción diferentes que fortalezcan (o incluso debiliten) su valor probatorio.

La palabra de quien ha sido víctima directa del delito es hoy una prueba de gran valor en el proceso penal⁵, sobre todo en casos como los que nos ocupan donde, como es sabido, el autor suele procurar la ausencia de testigos del hecho⁶ y de personas que pudieran obstruir el proceso de abuso. Ahora bien, no significa que la declaración del menor cobre mayor valor probatorio en este tipo de casos, que seguirá siendo el mismo existan o no otras pruebas, ni que en estos casos la sola declaración autorice una condena que en otros casos no la habilitaría, sino simplemente que tal vez no podamos prescindir de ella ante la ausencia de otras pruebas. En otros términos, no será más relevante o dirimente como prueba de cargo porque sea la única sino que primará su utilización en ausencia de otras pruebas. La presencia de otras pruebas puede, desde luego, restar centralidad a la declaración de un menor o hacer que ésta sea meramente coadyuvante a la comprobación del delito. Pero su ausencia la torna sin duda imprescindible.

La relevancia, además, se relaciona con la posible existencia o manifestación de esas otras pruebas, dado que de la declaración del menor pueden surgir otros elementos de convicción diferentes que fortalezcan (o incluso debiliten) su valor probatorio. Por ejemplo, si un menor ha sido abusado en el domicilio del imputado, la descripción de las características o peculiaridades de ese lugar resulta valioso, al menos para corroborar la proposición consistente en que el menor ha estado en ese lugar. Lo mismo si se indica la existencia en ese lugar de determinados elementos probablemente relacionados con el abuso sexual (filmaciones, material pornográfico con menores, juguetes sexuales, etc.). En fin, todo aquello que con un registro domiciliario se pudiera confirmar y otorgarle una mayor fuerza probatoria a la declaración por su concordancia con otras pruebas.

3 GOODMAN, G., et al., "The Emotional Effects of Criminal Court Testimony on Child Sexual Assault Victims, in The Child Witness: Do the Courts Abuse Children?", "Issues in Criminological and Legal Psychology", No. 13, págs. 46, 52 (British Psychological Society 1988). Ver también Avery, "The Child Abuse Witness: Potential for Secondary Victimization", 7 *Crim. Just. J.* 1, 3-4 (1983); Sgroi, S., "Handbook of Clinical Intervention in Child Sexual Abuse" 133-134 (1982). Entre nosotros ver, por ejemplo, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio", en CDJP, n° 9-C, pág. 215 y ss.

4 Se ha dicho que "Para un niño que no entiende la razón de la confrontación, la noticia y la experiencia de estar cerca del imputado pueden ser abrumadoras" (Ver Whitcomb, D., E. Shapiro, y L. Stellwagen, *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors* 17-18, 1985).

5 Ello a pesar de la desconfianza histórica –hoy en buena medida superada con el sistema de las libres convicciones, aunque no del todo– hacia el testigo en causa propia: *nullus idoneus testis in re sua intelligitur, o in causa propria quis testis esse non potest* (Cf. FLORIAN, Eugenio, De las pruebas penales, Colombia, Temis, 1998, pág. 57 y ss.).

6 La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho que "El abuso de niños es uno de los delitos que presenta más problemas para su detección y persecución, en gran medida porque no hay otros testigos que la víctima" (V. "Pennsylvania v. Ritchie", 480 U.S. 39, 60 (1987). Ver asimismo, la cita de este fallo en "Coy v. Iowa", 487 U.S. 1012 (1988).

Dicho de otra manera, la declaración del menor abusado no es sólo útil e imprescindible en el contexto de la justificación (motivación de la comprobación del hecho y de la responsabilidad penal) sino en el contexto del descubrimiento⁷, por cuanto coadyuva a la consecución de otras pruebas que puedan servir para confirmar (o descartar) la hipótesis de la acusación. Además, puede funcionar como fuente de prueba de otros casos de abuso (p. ej. que de la declaración del menor surjan datos acerca de otros menores abusados o de otros abusadores). Pero, como vimos, esa importancia no debe exagerarse hasta el punto de restarle toda relevancia a otras pruebas que puedan servir para confirmarla o desecharla.

3. Sobre la dificultad de obtener la declaración del menor

En general, el menor de edad víctima se muestra reticente para hablar de los hechos⁸, por diversos motivos: inhibiciones, temor a las represalias, vergüenza, *shock* asociado a la vivencia padecida, etc. Si observamos cómo proceden los investigadores oficiales cuando ello sucede con cualquier testigo, sea o no víctima del delito, veremos que habitualmente se lo obliga a declarar bajo la advertencia de que su reticencia será penada como falso testimonio. Por cierto, si así se procediera con el menor que exhibe indicios de haber sido abusado –sobre todo con los más pequeños– lo más probable es que la tentativa resulte un absoluto fracaso en todos los frentes, tanto en el probatorio como en el terapéutico. El menor dirá cualquier cosa con tal de aliviar la presión, con probable imputación a inocentes, y se lo habrá revictimizado irremediabilmente. La situación tampoco difiere si se deja en manos de los padres la obtención de la declaración, incluso empeora, como ha demostrado la literatura en el tema⁹.

Es evidente que el abordaje del menor que exhibe indicios de haber sido abusado debe diferir sensiblemente del de un testigo común. Por empezar, debe planificarse una estrategia adecuada, con el auxilio de psicólogos especializados en el fenómeno del abuso de menores, para establecer el momento y el modo en que se van a recibir sus manifestaciones. Se debe buscar un contexto adecuado para que el menor se sienta contenido y protegido para liberarlo del cepo del silencio y que su relato pueda comenzar a fluir con naturalidad y la mayor espontaneidad posible, con el auxilio y el acompañamiento necesario de terapeutas. Y, por último, su declaración no debe estar temporalmente muy alejada del momento de los hechos, para preservar al menor del olvido y de la contaminación.

Una vez que se ha logrado la predisposición a la apertura del menor al diálogo, el otro problema que se presenta es el bloqueo de la memoria del menor abusado. De ahí, las frecuentes confusiones, omisiones, contradicciones, imprecisiones y hasta asincronías en el relato de menores víctimas, que dan lugar a interpretaciones ambivalentes y opuestas entre sí, por a) la necesidad inconsciente de reprimir ciertas vivencias o b) el efecto que provocó en su psiquis el circunstancial contacto con el presunto abusador. Dichas distorsiones afectarían sin duda la credibilidad del testimonio de una persona mayor al punto de ser imputada de falso testimonio, y sin embargo aquí deben tomarse con la debida cautela. Por supuesto que esta perspectiva diferenciada no debe llevar a sacar conclusiones del tipo: El menor B dice que C no estuvo en el

La declaración del menor abusado no es sólo útil e imprescindible en el contexto de la justificación sino en el contexto del descubrimiento, por cuanto coadyuva a la consecución de otras pruebas que puedan servir para confirmar (o descartar) la hipótesis de la acusación.

7 Sobre la fértil distinción entre "contexto del descubrimiento" y "contexto de la justificación" ver GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 49.

8 GUTIÉRREZ, Pedro A., *Delitos sexuales sobre menores*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2007, pág. 41.

9 Ver los casos reseñados por GUTIÉRREZ, Pedro A., *Delitos sexuales...*, cit., pág. 160 y ss.

lugar del hecho. Evidentemente B quiere encubrir a C porque le teme. ¿Por qué no extraer la conclusión de que es probable que C no haya tenido nada que ver con el hecho? Es que la valoración del testimonio del menor no difiere en esto de la de cualquier testigo¹⁰. En efecto, si hay contradicciones, imprecisiones, asincronías, etc., no podremos extraer ninguna conclusión que implique la atribución de responsabilidad a los imputados, del mismo modo que no lo haríamos si se tratara de un testigo mayor de edad. Aquí es donde vemos el peligro de las, llamémoslas así, "interferencias diagnósticas" en el proceso de valoración del testimonio del menor abusado: se impone "la necesaria distinción entre aquello que es el diagnóstico médico-psicológico y sus herramientas, de aquello que hace a la acreditación, en forma legal, de un acto de abuso"¹¹.

4. Sobre la victimización secundaria o "re-victimización"

La doble finalidad (terapéutica y probatoria) del acto de recepción de las manifestaciones del menor impone una forma de proceder completamente diferente que la prevista para el común de los testigos.

Si bien nos estamos refiriendo a la importancia de los dichos del menor por su valor probatorio, no puede dejar de considerarse también el aspecto terapéutico, es decir que se debe procurar que la declaración sirva no sólo como prueba sino como un escenario de catarsis o desahogo del menor que posibilite un tratamiento adecuado de su trauma por parte de los especialistas o que, al menos, no obstruya ese proceso terapéutico ni, peor aún, se convierta en un daño adicional¹².

Y aquí es donde ingresamos al segundo de los factores arriba mencionados: el riesgo de re-victimización. Se ha dicho, en el ámbito estadounidense, que "el miedo y el trauma asociado al testimonio del menor en frente del acusado tiene dos graves consecuencias: pueden ocasionar daño psicológico al niño y pueden también abrumarlo de tal manera que le resten efectividad a su testimonio, dañando de esta manera la función de búsqueda de la verdad de todo proceso penal"¹³.

Un conainterrogatorio conducido con eficiencia por parte de la defensa puede provocar los efectos antedichos; ni qué decir en un sistema como el anglosajón, donde el llamado *cross examination* se caracteriza por la formulación de preguntas coercitivas, indicativas o sugestivas, y tácticas intimidatorias, y es sabido que los niños, por su falta de desarrollo de las competencias lingüísticas, son altamente susceptibles a ese formato de interrogatorio¹⁴.

La doble finalidad (terapéutica y probatoria) del acto de recepción de las manifestaciones del menor impone una forma de proceder completamente diferente que la prevista para el común de los testigos, dado que es necesario que ninguno de estos fines sea sacrificado en aras del otro.

10 "El testimonio del menor abusado no se excepciona del conjunto de reglas de valoración común y genérica para dicho tipo de prueba, no es otra cosa que aquella que ha de aplicarse a un testigo víctima" [vid. GUTIÉRREZ, Pedro A., *Delitos sexuales...*, cit., pág. 174].

11 Ver GUTIÉRREZ, Pedro A., *Delitos sexuales...*, cit., pág. 164.

12 Sobre esto ver MOLINA CENTENO DE MADÁ, Silvia, "Cómo el testimonio del menor, víctima de delitos sexuales, puede transformarse en un acto reparatorio de su salud mental", *La Ley Actualidad*, boletín del 27/4/1999, con especial referencia a una experiencia multidisciplinaria piloto desarrollada en el marco de la justicia local de la provincia de Mendoza.

13 Ver "Coy v. Iowa", cit.

14 V. ELLISON, Louise, *The mosaic art: cross examination and the vulnerable witness*, en *Legal Studies*, vol. 21, N° 3, septiembre de 2001.

Para compatibilizar, pues, ambos fines, el derecho positivo establece, con algunas variaciones, determinadas pautas para la recepción del testimonio del menor abusado: a) la necesidad de recibir la declaración en un ámbito adecuado, alejado de la presencia del imputado (por ejemplo en cámaras Gesell); b) la necesidad de que la entrevista sea conducida por un psicólogo especialista en niños y adolescentes; y c) la necesidad de evitar la repetición del acto.

5. Sobre la susceptibilidad a la sugestión y la posibilidad de "contaminación" de los dichos del menor. La situación en general del testigo-víctima

Por otro lado, existen investigaciones que indican que un niño, además de ser susceptible a las pérdidas temporarias de la memoria (*memory lapses*) es también susceptible a la sugestión¹⁵. De allí que, ya a fines de la década del 70, la Corte Suprema estadounidense haya sostenido que "dados los problemas de pérdida de memoria y sugestibilidad que aparecerían como más significativos en los testigos-niños, y dado el contexto en el cual dichas alegaciones de abuso o ataques sexuales son susceptibles de darse, los casos de los testigos-niños son uno de esos 'casos extraordinarios' en los cuales la exigencia de efectividad del examen cruzado (cross examination) es requerida"¹⁶. Más cerca en el tiempo, el juez de la Corte Suprema estadounidense Antonin Scalia, en el fundamento de su voto, que conformó la mayoría en el fallo "Coy v. Iowa"¹⁷, dijo al respecto: "la presencia cara a cara puede, desafortunadamente, ofender a la víctima de una violación o al niño abusado; pero por la misma vía puede confundir o deshacer al falso acusador, o revelar que el niño ha sido instruido por un adulto malévolo. Es una clara verdad que las protecciones constitucionales tienen costos".

Existen investigaciones que indican que un niño, además de ser susceptible a las pérdidas temporarias de la memoria (*memory lapses*) es también susceptible a la sugestión.

En general, sobre el testigo-víctima se ha dicho también que "...presenta un plus de dificultad en la apreciación, porque sobre él inciden circunstancias que le exponen a un mayor riesgo de desviación, tanto en la obtención de la información relevante como en la conservación, recuperación e, incluso, transmisión de ésta. En efecto, pues no hay duda de que en su calidad de perjudicado tendrá interés (legítimo) en una determinada decisión de la causa. Y esta misma condición, sobre todo si la acción criminal ha sido especialmente degradante, generará, aparte del natural deseo de vindicación, una intensa necesidad de ser creído, básicamente por razón de autoestima. Esto resulta tanto más real cuando el testimonio versa sobre la identificación de personas, en general, y sobre todo en procesos seguidos por agresiones de naturaleza sexual; ya que se trata de sucesos violentos en los que es normal que las circunstancias ambientales (acometimiento por la espalda, precauciones adoptadas por el autor para no ser observado, escasa o nula iluminación) obstaculicen, incluso seriamente, la percepción, sobre la que influirá también de forma muy negativa la inevitable tensión emocional. Es claro que el carácter súbito del suceso, el estado de estrés, el flujo caótico de las circunstancias que acompañan a la ejecución de un crimen, son factores que condicionan negativamente las capacidades perceptivas del observador. Porque las necesidades y las emociones pueden actuar de modo que se seleccionen determinados aspectos de un estímulo: de estos aspectos se desarrolla un conocimiento que puede desviarse no poco del verídico porque tenderá a ser congruente no con la realidad sino con las emociones y las necesidades del sujeto. Se sabe desde hace tiempo que las emociones pueden influir en el 'aspecto de las cosas'¹⁸.

15 JOHNSON y FOLEY, *Differentiating Fact From Fancy: The Reliability of Children's Memory*, citado por MILLER, Dane, *Confrontation and Cross-Examination of the Child Witness: Witness protective measures in light of "Coy v. Iowa"*: Aquellos autores sostienen que los niños, sobre todo cuanto más pequeños son, tienen una particular dificultad para discriminar entre qué es lo que hicieron realmente y qué es lo que creen que hicieron. Ver asimismo, Goodman y Reed, *Age Differences in Eye Witness Testimony*, Law & Human Behaviour, N° 1, 1987, citado por la misma autora antes referida.

16 Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Ohio v. Roberts", 448, U.S. 56, 73, nota 12 (1979).

17 "Coy v. Iowa", cit.

18 ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial (en el proceso penal)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, en prensa, con cita de L. De Cataldo Neuburger.

Estas constataciones ponen de manifiesto el problema siguiente: la necesidad de evitar la revictimización incomodando lo menos posible al menor puede obstaculizar el proceso de contraexamen que, de hacerse con eficiencia, revelaría una manipulación del menor víctima para comprometer penalmente a determinada persona sin fundamento alguno o bien errores de percepción o desvíos del tipo de los señalados recientemente. Ello podría generar, sin duda, el riesgo de que se produzca la condena de un inocente. Todo esto nos obliga a efectuar ahora un análisis acerca de la vigencia, los alcances y los límites del derecho a la confrontación con el testigo de cargo.

6. Vigencia del derecho a la confrontación con el testigo de cargo en la República Argentina

La necesidad de evitar la revictimización incomodando lo menos posible al menor puede obstaculizar el proceso de contraexamen que, de hacerse con eficiencia, revelaría una manipulación del menor víctima para comprometer penalmente a determinada persona sin fundamento alguno o bien errores de percepción o desvíos del tipo de los señalados recientemente.

Nuestro sistema constitucional carece de una regla similar a la Sexta Enmienda de la Constitución estadounidense en lo que se refiere a la denominada "Confrontation Clause", dado que si bien existe un derecho fundamental del imputado a interrogar a los testigos de cargo, no se exige en forma expresa y literal que ello se haga cara a cara ("face to face"), como surge en forma expresa de la enmienda constitucional antedicha que consagra el derecho del imputado a ser confrontado con los testigos de cargo ("to be confronted with the witnesses against him").

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dicho que esta cláusula "por sus propias palabras provee al imputado en causa criminal el derecho a confrontar cara a cara a los testigos que brindan evidencia contra él en juicio"¹⁹. La palabra "confront" deriva del latín: el prefijo "con" viene de la palabra "contra" y "frons" de la palabra "frente", entendida como *forehead*, es decir, "la parte del rostro que está sobre los ojos y debajo del cabello"²⁰.

Debemos preguntarnos entonces si el derecho a interrogar a los testigos de cargo, emergente de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.2.f: "el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal"), y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.e: derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo") abarca, a pesar de no decirlo en forma expresa, no sólo el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo sino, además, el derecho a que el testigo declare *en presencia del imputado*, de modo que él no pueda sólo interrogarlo sino verlo y ser visto por él, frente a frente, mientras se desarrolla el acto de la declaración.

Ha dicho la Corte Suprema estadounidense que la cláusula de la confrontación provee dos tipos de protecciones para el imputado en causa criminal: a) el derecho de enfrentarse cara a cara a aquel que testifica contra él; y b) el derecho a llevar a cabo un examen cruzado o contrainterrogatorio (*cross examination*)²¹. La fórmula de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables entre nosotros, en cambio, parece proveer solamente este último derecho.

19 "Coy v. Iowa", cit.

20 "Coy v. Iowa", cit.

21 "Pennsylvania v. Ritchie", 480 U.S. 39, 51 (1987). Entre nosotros, Alberto NANZER señala tres derivaciones: de la cláusula: "Tal como lo explica Douglas, de la norma constitucional pueden extraerse tres derivaciones distintas, a saber: i. que el acusado, si así lo prefiere, puede estar presente en la sala de audiencias cuando declara el testigo. ii. que el jurado debe ver y oír al testigo, de manera de poder evaluar su credibilidad a partir de su comportamiento al prestar la declaración. iii. que el acusado debe tener una oportunidad de contra-examinar al testigo" ("La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación", en *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Director: Daniel R. Pastor, Coordinador: Nicolás Guzmán, Buenos Aires, Ad-Hoc, págs. 339 a 367).

En nuestro país no ha sido analizado el aspecto de la cláusula que se refiere a la confrontación *stricto sensu* sino sólo el llamado examen cruzado o cross examination, debido al hecho de que las prácticas y las normas procesales que había que descalificar en los casos sometidos a análisis solo se relacionaban con la incorporación al proceso de testimonios recibidos en ausencia total de la defensa y sin darle oportunidad de controlarlos, pues se incorporan luego al debate y dan base probatoria a la sentencia condenatoria²². Por ello es que la Corte Suprema nacional, en el fallo "Benítez"²³, sólo se ocupa del primer aspecto de la cuestión (ausencia de posibilidad de contra-interrogatorio) y no del segundo (confrontación cara a cara).

Sin embargo, deberíamos indagar si la confrontación *stricto sensu* es o no un componente útil al derecho de defensa en juicio porque, en caso afirmativo, el criterio de interpretación *pro homine* de las previsiones de dichos instrumentos internacionales debería llevarnos a la conclusión de que la confrontación está comprendida en el derecho a interrogar a los testigos de cargo, con el mismo alcance que en el derecho constitucional estadounidense.

La mejor descripción de la importancia de la confrontación *stricto sensu* la aportó la Corte Suprema norteamericana. Consideró como hondamente arraigado en la naturaleza humana que la confrontación cara a cara entre acusado y acusador es algo "esencial al proceso justo en una causa penal"²⁴. Señaló indicios de dicha práctica en el derecho romano, cuando el gobernador Festo dijo: "no es propio de romanos enviar a un hombre a la muerte antes de que se haya encontrado con sus acusadores cara a cara y de que se le haya dado la oportunidad de defenderse de los cargos"²⁵. Ha dicho también que "la percepción de que la confrontación es esencial a la justicia ha persistido a través de los siglos porque hay mucho de verdad en ella. Un testigo debe sentirse muy diferente cuando tiene que repetir la historia mirando al hombre a quien dañará gravemente por tergiversar o equivocarse sobre los hechos. Es siempre más difícil decir una mentira acerca de una persona 'en su cara' que 'detrás de su espalda'"²⁶.

El contra-interrogatorio sin más, es decir, sin la posibilidad de que su desarrollo se haga "cara a cara" entre el testigo y el imputado, puede no ser suficiente entonces para tutelar una defensa en juicio efectiva como para elucidar una mentira o un error que pueda ser decisivo para la suerte del imputado.

El principio *pro homine*, antes señalado, emerge de la norma de interpretación del art. 29 de la CADH e indica que "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos"²⁷. Dicho principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma o la interpretación que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional²⁸.

El contra-interrogatorio sin más, es decir, sin la posibilidad de que su desarrollo se haga "cara a cara" entre el testigo y el imputado, puede no ser suficiente para tutelar una defensa en juicio efectiva como para elucidar una mentira o un error que pueda ser decisivo para la suerte del imputado.

22 Vid. ALMEYRA, Miguel A., "Regulación constitucional de la prueba de testigos. La cláusula de la confrontación", LL, 10/6/2002, pág. 1 y ss.

23 "Benítez, Anibal Leonel s/ lesiones graves", sentencia del 12 de diciembre de 2006.

24 "Pointer v. Texas", 380 U.S. 400, 404 (1965).

25 "Coy v. Iowa", cit.

26 "Coy v. Iowa", cit., opinión del juez Scalia, seguida por la mayoría.

27 El destacado es nuestro. Cf. PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú/Courtis (comps.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, pág. 163. De la misma autora, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, 1998, pág. 81.

28 Cf. BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, 2000, Buenos Aires, Ediar, pág. 390; en igual sentido BIDART CAMPOS, G., "Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*", publicado en AA.VV., *El Derecho Constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*, coord. Bidart Campos, G. y Gil Dominguez, A., Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 13.

En consecuencia, si interpretamos las cláusulas de los instrumentos internacionales a la luz del principio mencionado, es decir, de un modo extensivo a los fines de afianzar el derecho de defensa en juicio en el interrogatorio de testigos, habiendo asumido que el contacto cara a cara es fundamental para una defensa eficaz, no se puede sino concluir que el derecho consagrado por el art. 8.2.f de la Convención Americana y el art. 14.3.e del Pacto Internacional incluyen el derecho del imputado a desarrollar el contra-interrogatorio en presencia del testigo, cara a cara. Por ello es que debemos asumir que rige entre nosotros, con la amplitud señalada, dicho derecho.

7. Oportunidad para el ejercicio del derecho a la confrontación

La pretensión de hacer valer una declaración previa al juicio, como prueba de cargo para fundar una condena, sólo puede admitirse si esa declaración previa se hizo dando a la defensa la posibilidad de intervenir en la declaración y de formular un contra-interrogatorio, con las limitaciones, fundadas en la necesidad de evitar la revictimización del menor.

La pregunta por si este derecho debe ser asegurado ya en las declaraciones testimoniales previas al juicio o sólo en el juicio tiene, según creo –sobre todo en materia de abuso de menores– una única respuesta válida: la pretensión de hacer valer una declaración previa al juicio (típico, la recibida durante la investigación preliminar o en sede policial), como prueba de cargo para fundar una condena, sólo puede admitirse si esa declaración previa se hizo dando a la defensa la posibilidad de intervenir en la declaración y de formular un contra-interrogatorio, con las limitaciones que más abajo se verán, fundadas en la necesidad de evitar la revictimización del menor. Por ello es que discrepo con Luis M. García, cuya opinión, basada en pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es citada por la jueza Ángela Ledesma en el fallo "Bautista Cabana"²⁹, en el sentido de que "el derecho a interrogar a los testigos de cargo puede ser puesto en conforme con otros derechos y ponderado, pero que en caso de que éstos deban prevalecer sobre aquél deben hacerlo en la medida estrictamente necesaria y que la restricción debe ser compensada dando *oportunidad útil* al imputado o a su defensa, *en alguna etapa del procedimiento*, de interrogar o hacer interrogar al testigo"³⁰.

La referencia a "en alguna etapa del procedimiento" quiere significar que si un testigo fue escuchado durante la instrucción sin permitirse el control de la defensa pero luego, en la etapa del juicio, se autorizase dicho control, la garantía no se vio vulnerada y esta segunda declaración sí puede valorarse para fundar una condena.

El problema con el caso de los menores abusados reside en que sus primeras declaraciones, dirigidas por especialistas y que permiten construir las imputaciones y obtener otras pruebas, suelen tener un valor muchísimo mayor que las declaraciones que se prestan durante el juicio y ser definitivas de la suerte del imputado. En efecto, esas primeras declaraciones son cercanas al momento de los hechos, lo que disminuye el riesgo de olvidos y de contaminaciones. A lo que se suma la tendencia a evitar que los menores reiteren sus declaraciones para que no sean objeto de re-victimización y el tratamiento consiguiente de aquellas primeras declaraciones como actos definitivos e irreproducibles por algunos códigos e incluso las prohibiciones de que declaren nuevamente. De ahí mi discrepancia con Ledesma y García: la única oportunidad realmente útil, en la concepción del TEDH de "adecuada" o "suficiente"³¹, es la primera declaración del menor. La experiencia, producto de las rutinas de investigación de nuestro país, demuestra que la declaración posterior –en caso de ser permitida, lo cual difícilmente ocurre– no resultará útil, adecuada o suficiente para revertir el estado de cosas ya consolidado en la primera declaración.

29 Causa n° 8458: "Bautista Cabana, Gabriel", CNCP, sala II, 9/5/2008.

30 Conf. GARCÍA, Luis M., "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso 'P.S. v. Alemania'", LL, 2002-F, pág. 15 y ss. En el caso comentado por García, el TEDH cita, en apoyo de esta postura, el pronunciamiento del TEDH en los casos "Van Mechelen vs. Países Bajos", § 51; y "Lüdi v. Suiza", Serie A, vol. 238, § 49; "A.M. v. Italia", § 25; "Asch vs. Austria", § 27; "Carrozo vs. Italia", § 1; "Delta vs. Francia", § 36; "Feranelli de Santangelo vs. Italia", § 51; "Isgrò vs. Italia", § 34; "Kostovski vs. Países Bajos", Serie A, vol. 166, § 41; "Saïdi vs. Francia", cit., § 43; "S.E. vs. Italia", cit., § 1; "S.N. vs. Suecia", cit., § 44; "Verdam vs. Países Bajos", cit., 1999/8/31, § 2; "Windisch vs. Austria", § 26, entre otros.

31 GARCÍA, Luis M., "El derecho...", cit., quien cita los pronunciamientos del TEDH en los casos "A.M. v. Italia", § 25; "S.N. vs. Suecia", § 46; "Calabro vs. Italia y Alemania", § 1.

De allí que resulta fundamental que se aplique a las primeras declaraciones de los menores víctimas de abuso el régimen de los actos definitivos e irreproducibles, como condición para que sus declaraciones puedan valorarse como prueba de cargo en la sentencia. Y ello aunque no sean *stricto sensu* irreproducibles en forma absoluta. Aun permitiéndose la reproducción del acto, deben aplicarse a las primeras declaraciones las normas sobre notificación obligatoria a la defensa y aseguramiento de la posibilidad de anticipación del contradictorio establecidas para los actos definitivos e irreproducibles. Ello no implica, por cierto, que en las declaraciones de los menores durante el juicio la defensa deba ser coartada, siempre que se demuestre, con el auxilio de expertos, que ello no ocasionará daño alguno al menor. El régimen del art. 250 bis del CPPN y de los códigos epígonos no consagra esa obligación de notificar a la defensa para darle la posibilidad de intervenir en el acto de recepción de la prueba, lo que nos lleva a dudar sobre la constitucionalidad de dichas normas.

8. Límites al derecho a la confrontación

La opinión antes señalada, "el derecho a interrogar a los testigos de cargo puede ser puesto en conforme con otros derechos y ponderado, pero que en caso de que éstos deban prevalecer sobre aquél deben hacerlo en la medida estrictamente necesaria", no puede alcanzar a impedir directamente el interrogatorio sino, a lo sumo, para: a) impedir o atenuar la confrontación *stricto sensu*; o b) atemperar la posible agresividad del contra-interrogatorio con el auxilio de un intermediario experto en niños y adolescentes. Ello siempre y cuando se pueda vislumbrar que la confrontación o la forma en que habrá de conducirse el contra-interrogatorio implicarán segura o muy probablemente la revictimización del menor o un riesgo para la averiguación de la verdad.

Estos matices, como podemos ver, si bien parecían intrascendentes para la constelación de casos abarcada por "Benítez", son imprescindibles cuando de declaraciones de menores abusados se trata. La única forma, según creo, de armonizar correctamente el derecho fundamental del imputado a confrontar con los testigos de cargo con el derecho, también fundamental, a procurar el interés superior del menor evitando su revictimización es sacrificando, en casos en que ello esté suficientemente justificado, la confrontación "cara a cara" o el contra-interrogatorio ilimitado (*rectius*: sin otros límite que los establecidos para cualquier testigo).

Incluso en los Estados Unidos, donde la cláusula de la confrontación rige en su sentido más amplio, se ha afirmado que los derechos conferidos por ella no son absolutos³² y pueden dejar paso a importantes intereses, que den lugar a excepciones, fundadas en la necesidad de afirmar una política pública importante y que estén firmemente arraigadas en la jurisprudencia³³, la necesidad de proteger a un menor abusado –dijo la Corte estadounidense– que atestigüe sobre su drama mediante mecanismos que lo escuden del contacto directo cara a cara con su ofensor en el tribunal apunta a la protección del testigo menor de edad y la protección del niño que declara como testigo de un hecho, mucho más uno que lo tiene por víctima, es justamente una de tales políticas públicas³⁴. De todos modos, la Corte estadounidense sostuvo –por boca del juez Scalia– que la alegación genérica de un posible trauma en el testigo menor de edad es insuficiente para satisfacer dichos requerimientos³⁵. Con mayor especificidad, la jueza

Resulta fundamental que se aplique a las primeras declaraciones de los menores víctimas de abuso el régimen de los actos definitivos e irreproducibles, como condición para que sus declaraciones puedan valorarse como prueba de cargo en la sentencia. Y ello aunque no sean *stricto sensu* irreproducibles en forma absoluta.

32 Todas las excepciones a la *rule against hearsay* se fundan, aun implícitamente, en esta asunción (Ver NANZER, Alberto, "La prueba...", cit.)

33 "Coy v. Iowa", opinión del juez Scalia, que integra la mayoría.

34 "Coy v. Iowa", cit.

35 "Coy v. Iowa", cit.

O'Connor sostuvo que el uso de un procedimiento que no requiere la confrontación cara a cara está permitido sólo si ello está basado en la comprobación de que en el caso concreto ese procedimiento es necesario para promover una importante política pública, por lo que critica el reglamento del estado de Iowa, por no especificar los supuestos de necesidad³⁶. Este criterio fue ratificado posteriormente por la Corte estadounidense en "Maryland v. Craig", donde se dijo que los tribunales, para privar al imputado del derecho a la confrontación, deben comprobar que, en el caso concreto, el testigo se verá afectado emocionalmente en forma grave si tuviera que declarar en presencia del imputado y que ello no afecta su derecho constitucional mientras se preserven intactos los demás derechos inherentes a la confrontación: entre ellos la *cross examination*³⁷.

La mera alegación de riesgo de revictimización o de afectación del proceso de búsqueda de la verdad no alcanza para suprimir una parte importante de un derecho constitucional inherente a derecho de defensa en juicio, sino que ello debe ser objeto de prueba.

Por mi parte, coincido en que con la mera alegación de riesgo de revictimización o de afectación del proceso de búsqueda de la verdad no alcanza para suprimir una parte importante de un derecho constitucional inherente a derecho de defensa en juicio, sino que ello debe ser objeto de prueba. Tampoco puede establecerse una presunción legal *juris et de iure* de afectación, como hacen algunos códigos, sino a lo sumo *juris tantum*, es decir que admita prueba en contrario. De lo contrario, entendemos, se limitaría en forma irrazonable el derecho a la confrontación cara a cara. A lo sumo, podría consagrarse dicha presunción *juris et de iure* cuando el niño sea muy pequeño (por ejemplo un menor de seis años). Coincido también con que, aun cuando se suprima la confrontación, el contra-interrogatorio debe preservarse lo más posible, con el único condicionamiento de que las preguntas sean formuladas por vía de un "intermediario" especialista en abuso de menores, que se limite a trasladar las preguntas que formule la defensa al imputado, traduciéndolas a un lenguaje asequible para él y de un modo que evite la intimidación y el engaño, pero sin facultades para denegarlas en forma autónoma. El único que debe tener la facultad de denegar preguntas impertinentes, intimidatorias o capciosas es el juez.

9. Importancia del contra-examen: el contradictorio y la defensa en juicio

Que la defensa formule el contra-examen –aun a través de intermediarios, siempre y cuando éstos se limiten a cumplir esa función y no se transformen en censores– es una herramienta sumamente apta para derrumbar un testimonio como prueba de cargo aun cuando éste parezca inmovible. El modelo procesal que nos rige no se puede justificar sin el respeto al principio de contradicción, y no cabe duda de que "el contra-examen es la piedra angular de un sistema contradictorio ya que es la herramienta que ha creado la litigación oral para confrontar y verificar la veracidad de lo declarado por los testigos de la parte contraria"³⁸. Mediante el contra-examen se ha logrado derrumbar la aparente solidez de testigos.

Es un dogma incontrovertible que el contradictorio es un elemento esencial del derecho de defensa, de manera que éste no se realizaría acabadamente cuando aquél no estuviese garantizado³⁹. La corriente más común sostiene que el principio del contradictorio deriva de la

36 "Coy v. Iowa", cit.

37 "Maryland v. Craig" (497 U.S. 836), del año 1990.

38 Cf. VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contra-examen en el proceso penal chileno*, Santiago de Chile, Librotecnia, pág. 13. En el mismo sentido DUCE, Mauricio, BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal en juicios orales*, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales 2001, pág. 150 y pássim.

39 Cf. GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, 2006, pág. 140; GIOSTRA, Glauco, "Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale", en *Politica del diritto*, año XVII n° 1, marzo de 1986, pág. 26 y ss.; LOZZI, Gilberto, "I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, pág. 669 y ss.; TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, págs. 357-358; FERRUA, Paolo, *Studi sul processo penale*, Torino, Giappichelli Editore, T. I, pág. 22 y ss.; CHIAVARIO, Mario, *Processo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, T. II, pág. 172 y ss.

norma constitucional que impone la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN). Ferrajoli, por ejemplo, considera que la garantía de la defensa *consiste* en la institucionalización del contradictorio, es decir, en la posibilidad para el imputado de refutar la hipótesis de la acusación⁴⁰.

En lo que a nosotros interesa, el contradictorio opera en dos niveles distintos: en un primer nivel, como principio *para la formación* de la prueba; en un segundo nivel, como principio *para el control* de la prueba ya producida⁴¹. En fórmulas reducidas: contradictorio *para* la prueba y contradictorio *sobre* la prueba.

El supuesto que nos ocupa se relaciona con la parte más importante del contradictorio: el contradictorio para la prueba, que es la única apta para prevenir manipulaciones, alteraciones y malversaciones de la prueba, que burlan el control posterior.

10. Necesidad de un procedimiento especial

De lo antepuesto surge que la recepción de las declaraciones del menor abusado no puede adoptar el mismo formato que el de un testigo común y corriente. Cualquiera que haya sido testigo de un caso penal, aunque no haya sido víctima, puede dar cuenta de la situación de tensión que se vive en la audiencia (juramento, advertencia de prisión en caso de falsedad o retención, presencia de las partes enfrentadas, interrogatorio y contrainterrogatorio, objeciones, discusiones, etc.). Mucho más si se es víctima, pues en ese caso lo primero que verá es la cara de su ofensor, dispuesto a forzarlo a dar un paso en falso. Mucho más si se es menor de edad. Mucho más si ese menor de edad ha sido víctima de abuso.

La recepción de las declaraciones del menor abusado no puede adoptar el mismo formato que el de un testigo común y corriente.

En efecto, buena parte de los códigos procesales del país ha incorporado, para la recepción de este tipo de testimonios (de menores de 16 años y, eventualmente, hasta 18 años), tres requisitos cuyo sustrato común es evitar, en la mayor medida posible, el contacto entre el imputado, el defensor de éste y la víctima:

- a) la exigencia de que el menor sea entrevistado *solamente* por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes⁴²,
- b) que dicho acto tenga lugar en el interior de un recinto acondicionado a la edad del menor, donde se encuentren solamente el menor y el psicólogo, con vidrios espejados que permitan seguir las alternativas desde el exterior del recinto por las partes y el tribunal (cámara Gesell)⁴³, y
- c) la necesidad de evitar la repetición de dicho acto⁴⁴.

40 Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, 1997, págs. 150-151.

41 Cf. GUZMÁN, Nicolás, *La verdad...*, cit., pág. 143. Sostiene este autor que ésta es una distinción difundida entre los procesalistas italianos, y cita a Guido Calvi, Elvio Fassone, Giovanni Russo, Salvatore Senese, Gilberto Lozzi, Michele Taruffo y Giulio Ubertis.

42 Por ejemplo, el CPPN, art. 250 bis; CPP Córdoba, art. 221 bis; CPP Neuquén, art. 225 bis; CPP Tucumán, art. 229 bis; Misiones, art. 235 bis; CPP Río Negro, art. 234 bis. Otros códigos, sin embargo, no son tan categóricos y establecen que la convocatoria al psicólogo (o profesional especialista en maltrato y abuso infantil) es una facultad del tribunal (así, el CPP Buenos Aires, art. 102 bis; CPP Corrientes, art. 184; CPP Chubut, art. 193).

43 Así, por ejemplo, el CPPN, art. 250 bis, incs. b) y d), y los demás códigos citados en la nota 1. Sin embargo, el CPP Buenos Aires, art. 102 bis, segundo párrafo, prevé la utilización del recinto espejado sólo en caso de necesidad señalada por el profesional interviniente.

44 El CPP Neuquén (art. 225 bis) es terminante al respecto: "sólo deben ser entrevistados por única vez" (inc. a) y "el/la niño/a y adolescente víctima o testigo no será nuevamente interrogado judicialmente...".

Estas medidas están fundadas en la necesidad de evitar los posiblemente perniciosos efectos que tendría sobre la persona del menor el contacto "cara a cara" con el imputado, lo que posiblemente también podría afectar su testimonio, inhibiéndolo parcial o totalmente, y también el daño que podría generar en su persona un interrogatorio agresivo (y reiterado) por parte del imputado y de su defensor. En pocas palabras, se tiende a evitar la llamada "re-victimización" en el proceso de indagación de la verdad de los hechos. Se busca, por cierto, la consecución de una verdad de mejor calidad pero, ante todo, proteger el superior interés del menor⁴⁵.

Creemos que la supresión de un derecho constitucional no puede hacerse de un modo genérico y erga omnes, sino que debe darse el presupuesto necesario para proceder, en el caso concreto, a dicha supresión.

Ahora bien, como existe también para el imputado la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN) y la consagración específica, a nivel constitucional, de un derivado de ella: el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.f, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.e), que incluye la confrontación "cara a cara", debemos analizar si en la legislación procesal penal argentina se han regulado de un modo razonable los límites a este derecho fundamental o si dicha regulación ha implicado la desnaturalización de dicho derecho (art. 28, CN).

11. La regulación del fenómeno en el derecho procesal penal argentino

Hemos visto que en buena parte de los códigos procesales penales argentinos, entre los cuales el CPPN se encuentra a la vanguardia, se prohíbe en forma absoluta que los niños y adolescentes víctimas menores de dieciséis (16) años sean interrogados por el tribunal o las partes en forma directa, colocándose para ello la figura del psicólogo especialista en niños y/o adolescentes (art. 250 bis, inc. a, CPPN). Las partes sólo pueden hacer saber, a través del tribunal y previo a la iniciación del acto, las "inquietudes" que tengan, así como las que surgieren durante su transcurso, las que "serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor". Se suprime, como podemos ver, en forma absoluta el derecho a la confrontación cara a cara, presumiéndose *iuris et de iure* que el contacto directo entre el menor y el imputado lo afectará emocionalmente. Creemos que la supresión de un derecho constitucional no puede hacerse de un modo genérico y erga omnes, sino que debe darse el presupuesto necesario para proceder, en el caso concreto, a dicha supresión. En cambio, cuando los menores hubieren cumplido los dieciséis años pero todavía no hubieren cumplido los dieciocho años, esta prohibición y estas exigencias son relativas (art. 250 ter, CPPN): "Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis".

En cambio, según el CPP de Buenos Aires (art. 102 bis, primer párrafo), la presencia del psicólogo no es imperativa para el tribunal sino facultativa; ya que no impide el interrogatorio directo por parte del tribunal y las partes, pero el psicólogo puede sugerir la prescindencia de preguntas que puedan producir el menoscabo del menor (art. 102 bis, primer párrafo).

⁴⁵ Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo el art. 39 de dicha Convención, que impone la adopción de todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, lo que debe correlacionarse con el deber fijado en el art. 34 de protección contra toda forma de abuso sexual (ver sobre esto GARCÍA, Luis M., "El derecho...", cit.).

El CPP de Córdoba, de similar fórmula a la del nacional, establece el principio general de la prohibición del interrogatorio en forma directa por el tribunal o las partes, salvo que "excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar", con el siguiente agregado: "El órgano interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho" (art. 221 bis, inc. 1). De un modo más razonable que la ley nacional, este código establece una presunción *iuris tantum* de afectación emocional, que puede dejarse de lado si se prueba que la confrontación no habrá de afectar al menor.

El CPP de Neuquén (reformado en lo concerniente a estos aspectos por la ley 2523), de fórmula tributaria de la nacional, agrega, sin embargo, que el psicólogo interviniente "en ningún caso podrá ser el terapeuta que haya intervenido en el tratamiento del niño". Este Código, a diferencia del nacional, contiene dos exigencias adicionales interesantes: en la oportunidad que establece que deberá hacerse saber al testigo las inquietudes propuestas por las partes, incluye dentro de los autorizados a los que todavía no lo fueran pero que hayan sido "indicados en la denuncia como autores del abuso, que como condición de validez del acto deberán ser notificadas previamente, a efectos de que muñidos del correspondiente asesoramiento puedan también sugerir preguntas" (art. 225 bis, último párrafo, CPP). También se agrega en el art. 2º de la ley 2523 que "Las partes podrán designar un psicólogo especialista para que actúe conjuntamente con el designado por el tribunal".

A nivel nacional, recientemente, el Procurador General de la Nación dictó la resolución PGN 8/2009, por medio de la cual adhiere a las llamadas "Reglas de Santiago", ordenando a los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país que verifiquen que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales, en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación, se disponga la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto. Asimismo, deberán constatar que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual de menores de dieciocho años de edad se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas; y que en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado se realicen las medidas indicadas en los incisos a) y b) de la presente resolución, con control judicial y notificación a la Defensa Pública Oficial.

Como hemos visto, los códigos que siguen la senda del nacional impiden de un modo absoluto el contacto "cara a cara" entre el imputado, su defensor y el menor de dieciséis años. Así se establece en el CPPN: "A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente" (art. 250 bis, inc. d). En el inc. b) se había dicho que "El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor".

Esto no es tan drástico en el CPP Buenos Aires: "...el niño, niña o adolescente deberá ser interrogado por un fiscal, juez o tribunal quien podrá solicitar la intervención de un psicólogo o profesional especialista en maltrato y abuso sexual infantil, quien velará por el resguardo de la integridad psíquica y moral del niño, con facultad de sugerir la prescindencia de preguntas que puedan producir su menoscabo. La declaración se tomará en una sala acondicionada con los elementos adecuados a la etapa evolutiva del menor, pudiendo disponerse, cuando así lo aconseje el profesional interviniente, que las alternativas del acto sean seguidas por las partes y demás interesados desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, sistema de audio, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente" (la expresión destacada se encuentra observada por el Decreto de Promulgación) (confr. art. 102 bis).

Los códigos que siguen la senda del nacional impiden de un modo absoluto el contacto "cara a cara" entre el imputado, su defensor y el menor de dieciséis años.

Como hemos visto, el inc. d) del art. 250 bis del CPPN dice: "A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas...". Esta fórmula, que se repite en los códigos de la saga del nacional, le desconoce al acto procesal de que se trata el carácter de definitivo e irreproducible (art. 200, CPPN), lo que obligaría a notificar al defensor del imputado con antelación a la realización del acto, bajo pena de nulidad (art. 201). La resolución PGN 8/2009, arriba mencionada, sin embargo, exige que "se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto", lo que incluye, como hemos visto, la notificación de peritajes y la notificación al Defensor Oficial cuando no exista aún un imputado identificado.

Otros códigos, a diferencia del nacional, le otorgan expresamente al acto procesal en cuestión el carácter de acto definitivo e irreproducible y obligan a proceder la notificación bajo sanción de nulidad. Así el CPP de Buenos Aires expresa: "A fin de evitar la necesidad de repetición de la declaración del menor en forma personal, se observarán las exigencias del art. 274 del CPP disponiendo la video-filmación u otro medio de similares características de registración del acto, para su eventual incorporación ulterior al debate oral" (ver art. 102 bis, segundo párrafo, in fine). El art. 274 del CPP de Buenos Aires regula lo relacionado con el anticipo extraordinario de prueba, aunque lo más correcto hubiera sido la invocación de los arts. 276 y 277, que regulan expresamente los actos definitivos e irreproducibles y establecen la necesidad de notificación a la defensa bajo pena de nulidad.

En lo que hace al derecho a la confrontación, la crítica que merece el CPPN y los que lo siguen radica en que consagra una presunción *iuris et de iure* de afectación de la salud del menor de dieciséis años al prohibir de un modo absoluto el contacto cara a cara del imputado con el menor.

Otro tanto sucede en el CPP de Córdoba, que establece en el inc. 2º del art. 221 bis: "El acto se llevará a cabo, de conformidad a los artículos 308 y 309 del presente Código, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible". Las normas de los arts. 308 y 309 del Código cordobés regulan los actos definitivos e irreproducibles y establecen la nulidad como sanción para el supuesto de la omisión de notificar a la defensa. Lo mismo hace el CPP Chubut, que al regular este acto procesal dice expresamente: "rige el artículo 279", que es el que regula el anticipo jurisdiccional de prueba.

Más confusa es la cuestión en el CPP de Neuquén, en cuyo art. 225 bis se dice que "Los/as niños/as y adolescentes aludidos sólo deben ser entrevistados por única vez" y la ley 2523 dice en su art. 3º: "El/la niño/a y adolescente víctima o testigo no será nuevamente interrogado judicialmente, sin perjuicio de los test psicológicos a los que pueda ser sometido/a en la etapa del juicio, al cual sin embargo el/la niño/a y adolescente no podrá volver a ser convocado/a". Esta exigencia es altamente problemática, puesto que en dicho Código no se exige la notificación previa a la defensa bajo sanción de nulidad, es decir, no se le otorga expresamente el tratamiento de los actos definitivos e irreproducibles.

12. Crítica a la regulación

En lo que hace al derecho a la confrontación, la crítica que merece el CPPN y los que lo siguen radica en que consagra una presunción *iuris et de iure* de afectación de la salud del menor de dieciséis años al prohibir de un modo absoluto el contacto cara a cara del imputado con el menor. En este sentido, parece una regulación mucho más razonable de la garantía de la confrontación la de aquellos códigos, como el de la provincia de Buenos Aires, que limitan la confrontación directa "cuando así lo aconseje el profesional interviniente", quedando por supuesto en manos del juez decidir la cuestión, o, en menor grado, la del CPP de Córdoba, que establece la prohibición del interrogatorio en forma directa como principio, salvo que "excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar".

En cuanto al otro aspecto del derecho de defensa (el contra-examen), la resolución PGN 8/2009, arriba mencionada, parece haber comprendido en buena medida el problema que nos convoca, aunque su regulación es deficiente por cuanto no contiene –no podría contener sin ser parte del Código Procesal Penal– la sanción de nulidad en caso de incumplimiento. En efecto, si bien exige a los fiscales que “se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto”, el incumplimiento de esta regla no aparejaría la nulidad de dicho acto procesal. Como hemos visto, el régimen establecido en el art. 250 bis del CPPN y de los códigos provinciales que lo siguen no contempla la obligación de notificar a la defensa ni la sanción de nulidad en caso de incumplimiento.

Dice también la resolución PGN 8/2009 que los fiscales deberán constatar que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual de menores de dieciocho años de edad “se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas”, lo que permite entender que en el acto procesal regulado por el art. 250 bis, que contempla una declaración pero también un “informe”⁴⁶, debe darse también la oportunidad para designar un perito. La referencia a un informe está indicando que el acto regulado por el art. 250 bis del CPPN y los códigos procesales penales provinciales que lo siguen posee una naturaleza jurídica mixta entre declaración testimonial y examen pericial, por lo tanto considero fundamental la oportunidad de designar defensor para controlar el desarrollo de la declaración y de designar perito para controlar la realización del informe.

Por último, la resolución mencionada refiere que en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado se realicen las medidas indicadas en los incs. a) y b) de la presente resolución, con control judicial y notificación a la Defensa Pública Oficial.

En efecto, como dijimos al comienzo, es muy probable que la declaración de un menor sea fuente de prueba por cuanto allí pueden aparecer, por vez primera, los datos de presuntos abusadores desconocidos hasta ese momento o bien relatarse casos de abuso sin lograr identificarse al presunto abusador. En esos casos, la presencia de un defensor oficial que represente los intereses del ausente es fundamental, sobre todo si tiene facultades no sólo de contra-interrogar sino de designar un perito de parte –una suerte de “perito de ausentes”– que controle lo relativo al informe y demás exámenes periciales que se practiquen sobre el menor.

La regulación establecida en la resolución de la Procuración General ilustra los defectos que contienen la regulación del CPPN y de los códigos procesales provinciales que lo siguen. No es el caso del CPP de la provincia de Córdoba que es el que más claramente establece la obligación de notificar a la defensa mediante la aplicación del régimen de los actos definitivos e irreproducibles.

13. ¿Se puede reproducir un acto irreproducible?

El tratamiento de acto definitivo e irreproducible se suele fundar en la necesidad de anticipar el contradictorio en casos donde hay riesgo de pérdida de prueba para el juicio oral. Este concepto debería extenderse a los casos en que, aunque exista la posibilidad de convocar nuevamente al testigo, sea porque éste no ha fallecido o está disponible, el contradictorio en el juicio oral poco servirá para desvirtuar prueba de cargo ya consolidada en la instrucción en ausencia de contradictorio, o bien cuando por razones de necesidad (evitar la revictimización) existe un impedimento de que el testigo sea nuevamente convocado.

46 Así el art. 250 bis, inc. c): “En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a que arriban”.

Ahora bien, si la declaración del menor ha sido recibida con estos recaudos que señalamos en la etapa inicial del procedimiento, ¿ello significa que no puede declarar en oportunidad del juicio oral y alcanza con incorporar por lectura aquella declaración para fundar una condena? Creemos que si la defensa del imputado pretende que se escuche nuevamente al menor y si justifica debidamente la necesidad de su convocatoria, deberá someterse a examen para verificar si su presencia en el juicio podría implicar un daño adicional a su salud mental. En caso afirmativo, el menor estará eximido de comparecer y no deberá ser citado, de lo contrario, se puede obtener su comparecencia.

14. La función del psicólogo

Si la defensa del imputado pretende que se escuche nuevamente al menor y si justifica debidamente la necesidad de su convocatoria, deberá someterse a examen para verificar si su presencia en el juicio podría implicar un daño adicional a su salud mental.

Con independencia de la función de elaborar un informe en el cual el psicólogo "canalice" las inquietudes (v gr. CPPN) del niño o adolescente, la presencia del especialista procura lograr dos objetivos, que tienen por base el reconocimiento de que estamos ante personas vulnerables y que apuntan a evitar la revictimización en el desarrollo de la recepción del testimonio: a) que exista un sujeto que "traduzca" adecuadamente al menor preguntas que suelen venir en un lenguaje difícilmente asequible para él, sin alterarlas en modo alguno; y b) que se atenúe la presión inherente al contra-interrogatorio por parte de la defensa del acusado, sin mengua alguna del ejercicio de dicho derecho. Se entiende que un psicólogo experto en niños y adolescentes es una persona con aptitudes suficientes y familiarizada con las vulnerabilidades e inhabilidades lingüísticas de los menores que deben expresarse ante un tribunal. Así lo han entendido, por ejemplo, países como Inglaterra⁴⁷ y Sudáfrica⁴⁸, que contemplan la figura en sus leyes⁴⁹.

15. Conclusiones

Difícilmente se pueda encontrar en el quehacer penal del Estado un área más conflictiva que la de la recepción de la declaración de los menores de edad que han sido víctimas de abuso. La necesidad de obtener la prueba fidedigna del caso puede afectar la psiquis del menor, afectación que, paradójicamente, también puede perjudicar el conocimiento de los hechos. Pero también las herramientas orientadas al cuidado de su salud mental pueden tanto contribuir como afectar el proceso de búsqueda de la verdad, si no se le permite a la defensa controlar el proceso, en aras de preservar al inocente de imputaciones falsas o equivocadas que puedan llevar a una condena errónea. Todo ello en un contexto que a la vez permita la catarsis del menor para el logro de una finalidad terapéutica.

La constatación de dichas tensiones ha conducido a debates a nivel doctrinario y jurisprudencial, tanto en el ámbito europeo como en el norteamericano, acerca de la forma de compatibilizar todos los derechos e intereses en pugna, sea limitando el derecho a la confrontación frente a frente pero permitiendo el contra-examen (Estados Unidos), aunque mitigado por la intervención de un intermediario (Inglaterra y Sudáfrica) o bien dando oportunidades ulteriores a la defensa de contra-interrogar al menor cuando en las primeras etapas del procedimiento ese derecho no fue otorgado (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

47 Sección 29 del "Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999" (vid. Ellison, *The mosaic...*, cit., pág., 362).

48 S. 170A, de la "Criminal Procedure Act" de 1977 (Ellison, *The mosaic...*, cit., pág. 363).

49 V. ELLISON, Louise, *The mosaic...*, cit., págs. 363/366.

Por su parte, en la República Argentina se realizaron reformas recientes en los códigos procesales en materia penal, que en general contemplan aspectos a los que más arriba hiciéramos referencia: a) declaración en un ámbito adecuado (v.gr. cámara Gesell); b) entrevista a solas con un psicólogo o especialista en abuso de menores; c) posibilidad de seguir las alternativas desde el exterior del recinto por el tribunal y las partes, con la posibilidad de formular preguntas.

Las críticas que, en general, hemos formulado a la regulación se basan en que, por un lado, prohíbe en forma absoluta la confrontación cara a cara o interrogatorio directo cuando se trata de un menor de dieciséis años (ver CPPN y los que lo siguen) por cuanto presume *iuris et de iure* que el menor se verá afectado, y por el otro, como en general predomina la idea –en principio correcta– de que el menor no debe ser sometido a nuevos interrogatorios, que no se contemple la obligatoriedad de notificar a la defensa con antelación a la realización del acto, para otorgarle el derecho a intervenir, bajo sanción de nulidad en caso de incumplimiento (defecto que comparten el CPPN y los códigos que lo siguen). Hemos visto que la excepción a ello es el Código Procesal Penal de Córdoba, el CPP de Chubut y la resolución de la Procuración General de la Nación (PGN 8/2009), que permiten vislumbrar una tendencia saludable: el tratamiento de la declaración del menor víctima de abuso como acto definitivo e irreproducible, con la consiguiente obligación de notificar a la defensa (incluso a la defensa del imputado ausente o aún no individualizado) con antelación a la realización del acto para darle la oportunidad de intervenir en el acto, bajo amenaza de nulidad en caso de incumplimiento.

En suma, la recepción de las primeras declaraciones del menor debe efectuarse en el ámbito adecuado y por intermedio de los profesionales de la salud mental, que canalicen las preguntas de un modo que el menor las pueda comprender con facilidad y que atenúe la presión inherente al contra-interrogatorio. Si bien ello puede significar una merma en el derecho a la confrontación frente a frente o al contra-examen sin límites, no debe conducir a la supresión lisa y llana del contradictorio o a su reducción a una medida en que se vea desnaturalizado el derecho de defensa en juicio.

La recepción de las primeras declaraciones del menor debe efectuarse en el ámbito adecuado y por intermedio de los profesionales de la salud mental, no debe conducir a la supresión lisa y llana del contradictorio o a su reducción a una medida en que se vea desnaturalizado el derecho de defensa en juicio.