

CUANDO LOS NIÑOS TIENEN LA PALABRA.

A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado

Julio César Castro¹

1. Introducción

El propósito de este trabajo es investigar las diferentes maneras de tomar la declaración de menor víctima en un proceso penal y su incidencia en la validez de tal actividad. Es decir, los criterios de observación acerca de la eventual afectación de ciertas garantías individuales en con- frente con las ideas tuitivas y protectoras de los menores frente al derecho de defensa en juicio.

La cuestión es otra arista más, acerca de la constante tensión entre las facultades inves- tigativas del Estado y los derechos individuales; a la luz de los Instrumentos Internacionales que conforman nuestra Constitución ampliada, en un sentido y en otro.

Trataremos los siguientes puntos: si la declaración del menor bajo un rito diverso al general afecta ciertos derechos en sí mismo o corresponde sólo a una variante de un procedimiento estandarizado. Si se trata de una declaración testimonial, un peritaje singular o contiene formas mixtas. Por otra parte, parece del caso, consecuentemente, analizar los momentos en que el pro- cedimiento se realiza y si eso puede modificar su validez. También debemos preguntarnos cómo la jurisprudencia ha resuelto estos interrogantes y, finalmente, presentar un estándar mínimo que responda a las exigencias de validación en armonía con los derechos de los involucrados.

2. El procedimiento para la toma de la declaración. Su naturaleza

La declaración de víctimas menores de edad debe ser recibida de manera diferenciada según tengan hasta 16 años o se encuentren al momento de la declaración entre los 16 y los 18 años, tal y como los establecen los arts. 250 bis y ter del Código Procesal Penal de la Nación, según la ley 25.852 (Adla, 2004-A, 105)².

2 La declaración de menores víctimas mediante trámites especiales no es original, ya que puede encontrarse su antecedente en Israel en 1955, como en Inglaterra y Noruega, conforme lo afirma NEUMAN, Elias, en *Victimización y control social*, pág. 116 y ss., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.

1 Fiscal General ante los Tribunales Orales, Coordinador de la UFISEX (Unidad para la Investigación de los Delitos contra la Integridad Sexual, Trata de Personas y Prostitución Infantil).

El Estado opta por dejar de tratar a los menores como testigos adultos en consideración, no sólo al criterio de protección, sino también a que se trata de un sujeto de derecho, pero en formación.

Esta modalidad es, a nuestro juicio, una forma especial dentro del tratamiento general que se debe proporcionar a las víctimas y testigos en general, como lo marcan los arts. 79, 80 y 81 del mismo cuerpo legal³ dentro de un marco de protección. Es decir, ya se vislumbra una relación de género-especie que importa una mayor protección a menores víctimas de determinados delitos.

Si efectuamos una observación más cercana de la ingeniería tuitiva, podemos advertir que en los arts. 250 bis y ter se consagra un tratamiento de mayor cuidado, ya que se entiende que no pueden ser examinados como cualquier otra víctima, sino a través de un experto que intermedia entre el cuestionario e inquietudes de las partes o el Tribunal y el menor, decodificando el sentido de la encuesta, dentro del marco y vínculo comunicacional establecido.

Ese marco y escenario adecuado se logran dentro de cierto recinto conocido como cámara Gesell⁴. Allí, el profesional toma contacto y escucha el relato del menor acerca de lo acontecido, teniendo en cuenta la etapa evolutiva del declarante, lo que implica *a priori* ciertos conocimiento de psicología evolutiva que en general los profesionales del derecho no poseen. Además, en toda entrevista, entre otras cosas, es preciso captar la capacidad intelectual del menor, como también el impacto del hecho que dice haber vivenciado, en su aparato psíquico (teniendo en cuenta a quién se lo atribuye, el grado de intensidad de la vivencia relatada, su duración en el tiempo y la secuela que, de haber ocurrido, es siempre del orden de lo traumático), sin perder de vista su postura corpórea y conductual durante el relato e inclusive el tono de su voz, en cada segmento o pasaje del mismo⁵.

Es el espacio del menor, pero el espacio de la escucha y no de la interrogación. Se trata de que la asimetría presente en la relación intersubjetiva traumática que vivenció en su entorno se vea compensada con la intervención del derecho. No pretende modificar el estado de cosas, sino establecer un marco de reivindicación del sujeto menor para que ponga en palabras su experiencia. En definitiva, significa un lugar de respeto y protección, donde las normas tuitivas se materializan saliendo de los textos para ser efectivamente reivindicatorias del interés superior del menor.

Como complemento de la norma se ha previsto un informe acerca de las conclusiones arribadas por el profesional, en el marco de la credibilidad del relato, lo cual implica también una capacitación en el área de la psicología del testimonio. El análisis nos permite afirmar que estamos frente a un nuevo paradigma en la investigación de estos delitos que podríamos significar como marco interdisciplinario impuesto por la especialidad. Es decir, el Estado opta por dejar de tratar a los menores como testigos adultos en consideración, no sólo al criterio de protección, sino también a que se trata de un sujeto de derecho, pero en formación.

3 Art. 79: "Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, el Estado Nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: a) a recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe; c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; d) a ser informado sobre el resultado del acto procesal en el que ha participado; e) cuando se trate de una persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia, tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación". Art. 80: "Sin perjuicio a lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: a) A ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil o tener calidad de querellante; b) A ser informado del estado de la causa y la situación del imputado; c) Cuando fuere menor o incapaz el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque el interés de obtener la verdad de lo ocurrido". Art. 81: "Los derechos reconocidos en este capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o testigo".

4 Sobre el particular, ver entre muchas otras referencias, ZANETTA MAGI, Mariela, "La cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales", publicado en www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm.

5 En sentido crítico puede verse GUTIERREZ, Pedro A., en *Delitos sexuales sobre menores*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 2007, pág. 197 y ss., donde afirma que "...En general los psicólogos, más aún aquellos que actúan como peritos judiciales, se muestran por demás cautos en cuanto al uso de esta técnica, contemplando recaudos éticos de suma importancia, que deben necesariamente ser tenidos en cuenta (ver resolución de la SCBA, de fecha 14-5-03, recaída en expte. 3003-0408/03 y dictamen agregado de la Asesoría Pericial Departamental La Plata, convocada a dar opinión sobre el pedido de autorización para el uso de la cámara Gesell, formulado por el Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata).

La nueva modalidad se ajusta al especial protagonista del testimonio y a su eventual afectación por el hecho vivenciado.

Por otro lado, se faculta al tribunal de oficio o a pedido de parte a seguir el acto desde el exterior y a través del vidrio espejado y medios técnicos implementados (incluyendo video-grabación del acto, para su posterior análisis). Lo cual nos indica que es una facultad del tribunal de la que puede hacer uso o no.

Asimismo, se ha dispuesto una prohibición clara de confronte entre víctima y acusado, negándole a este último la presencia en determinadas diligencias, lo que implica un robustecimiento en la tarea de protección del menor y cualquier tipo de comunicación que pueda proyectarse en la actividad procesal posterior del niño (podemos pensar en los casos de abuso sexual intrafamiliar, donde el acusado es el padre de la víctima).

En el art. 250 ter se establece una suerte de posible extensión de la tutela para determinados casos, que deben resolverse con auxilio del informe del profesional interviniente que, según su opinión, permitirá tratar al menor con los cuidados previstos para el segmento anterior.

En definitiva, podemos decir que se trata de una declaración *testimonial especial*, o que se trata de un *informe pericial*, o que es de *naturaleza compleja*, que implica a ambos medios de prueba creando uno nuevo y mixto.

Veamos. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de este extremo, ante un planteo de nulidad, afirmando que se trata de una declaración testimonial⁶, ya que los arts. 250 bis y ter fueron incorporados en el capítulo de los testigos y no en el de los peritos⁷.

El concepto de testigo parece a esta altura muy conocido, es decir, toda persona que ha percibido el hecho investigado a través de sus sentidos, sin ser el afectado directo. A partir del art. 239 del Código Procesal Penal (CPP)⁸ se regula este medio de prueba, entendiéndolo como persona que conozca los hechos investigados y su aporte pueda ser útil para establecer la verdad de lo acontecido.

Completando el concepto podemos afirmar, como lo hace Cafferata Nores, que el testimonio equivale a la declaración de una persona física, recibido en el curso del proceso penal, acerca de lo que puede conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a su reconstrucción conceptual⁹. También este concepto se acepta en España, cuando se lo define como toda persona llamada al proceso por presumirse que tiene conocimientos relacionados con el hecho que se investiga, con el fin de que declare lo que al respecto conozca. El testigo puede ser directo, cuando relata un hecho que ha presenciado, y de referencia, cuando sus conocimientos proceden de terceras personas que se lo han relatado¹⁰.

Se trata de una declaración testimonial especial, o que se trata de un informe pericial, o que es de naturaleza compleja, que implica a ambos medios de prueba creando uno nuevo y mixto.

6 Conf. C. C. C., sala V, causa 35.455 "Corsi, Jorge s/procesamiento - Inst.45-122" del 7-10-2008, donde afirmara: "...no puede perderse de vista que los artículos 250 bis y 250 ter fueron incorporados al Código Procesal Penal, en el capítulo atinente a los testigos y no al vinculado a los peritos, con la finalidad de resguardar la salud física y mental de la víctima, evitando la interrogación directa del tribunal o las partes, en los casos de menores, que pudieran haber sufrido hechos que importen lesiones o delitos contra la integridad sexual, para hacerlo a través de facultativos especializados. De ello se infiere que la imposibilidad de realizar preguntas directas, no puede perjudicar a la defensa, en torno al ejercicio de su ministerio, en tanto ello, constituye una restricción para todas las partes, incluso el juez. Por otra parte, los informes previstos en dichos artículos no revisten la calidad de peritajes, y en consecuencia no resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos. Es por ello que la intervención del imputado o la notificación a la defensa de la realización de tales informes, aunque aconsejable, no resulta exigible ni su omisión produce nulidad alguna. Ello sin perjuicio de la crítica que la defensa pueda realizar en torno al informe producido y en su caso, la introducción de inquietudes que eventualmente le generasen, siempre dentro del marco de la disposición contenida en el artículo 250 bis del Código de forma...", ver a su vez comentario al fallo de AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, LL, 2008-F, 594.

7 Conf. C. C. C., sala I, causa 32.261, del 20/7/2007 "Chavez Huarachi, Carlos" con cita del antecedente del mismo Tribunal causa 26.128, "López, Raúl Arturo" del 30-3-2005.

8 Art. 239 del CPP. Deber de interrogar: "El juez interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad".

9 Conf. CAFFERATA NORES, José I. en *La prueba en el proceso penal*. Con especial referencia a la ley 23.984, 3ra. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 94 y ss.

10 Conf. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Navarra, Aranzadi, 2004, pág. 921 y ss.

Siendo que los arts.250 bis y ter aparecen dentro del Capítulo IV del Título III (Medios de prueba y testigos), tenemos que el concepto y su ubicación nos permiten ver que la declaración de los menores puede ser considerada una evidencia testimonial. No obstante, es cierto en parte, ya que aparece una disposición ajena a los testimonios en general y a los que se alude en las definiciones, cual es el informe que *deberá* elevar el profesional actuante con las conclusiones a las que arriba.

Frente a este especial requerimiento de la norma adjetiva, nos vemos ante la situación de que el testimonio se completa con una diligencia de un experto del área de la psicología infanto-juvenil, quien deberá expedirse sobre la declaración en el plazo que el juez establezca. Ahora bien, un informe pericial nos traslada a otro medio de prueba que es justamente el de los peritos, regulada a renglón seguido de la testimonial, en nuestro ordenamiento ritual¹¹.

El informe técnico o pericial no se refiere al hecho acontecido y al impacto que ha producido, sino que se trata de establecer indicadores o significaciones de credibilidad del menor en cuanto a su relato.

Como sabemos, la prueba pericial es el procedimiento regulado legalmente para obtener en el proceso conclusiones probatorias a través de peritos. Se trata de una actividad compleja cuyos aspectos esenciales consisten en la determinación de los puntos a considerar y el dictamen que emite sobre ello. Adquiere estado procesal cuando se cumplen todas las formalidades previstas por la ley, la cual la distingue de los informes técnicos¹².

Es evidente que aceptar linealmente que estamos en presencia de un informe pericial especial, como son considerados los psiquiátricos y los psicológicos, pierde de vista que antes se ha recibido una declaración a un menor, quien fue interrogado a través del experto.

De este modo vemos que la pericia psiquiátrica (y también la psicológica que incluyen los códigos más modernos) es una especie de peritación médica, cuyo campo de acción ha adquirido mucha amplitud. Se impone con respecto al imputado sordomudo, valetudinario o por delito de carácter sexual o reprimido con pena muy grave, y para prever la medida de internación manicomial¹³.

Asimismo podemos agregar que, en ciertos casos, se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados conocimientos propios de una cultura profesional especializada. Las diferencias entre perito y testigo no alude tanto a los especiales conocimientos de aquél (que también puede tenerlos el llamado "testigo perito") sino a la circunstancia de que el primero conoce y concluye por encargo judicial y en virtud de un interés procesal preexistente a su misión; en cambio, el testigo percibe espontáneamente, y el interés sobre su percepción es sobreviniente¹⁴.

Cabe puntualizar que el informe técnico o pericial (según se limite su alcance) no se refiere al hecho acontecido y al impacto que ha producido, es decir, no se trata de validar la denuncia de abuso con indicadores clínicos o psicológicos, ni tampoco de establecer la incidencia del eventual hecho y mucho menos adentrarse en las faz terapéutica de la víctima, sino que se trata de establecer indicadores o significaciones de credibilidad del menor en cuanto a su relato.

11 Art. 253 del CPP: "Facultad de ordenar las pericias. El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica". Art. 263 del CPP: "Dictamen y apreciación. El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá, en cuanto fuere posible: 1) La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados; 2) Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados; 3) Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica; 4) Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

12 Conf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Diaz, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 319 y ss.

13 Conf. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho...*, cit., pág. 323.

14 Conf. CAFFERATA NORES, Jorge I., *La prueba...*, cit., pág. 53 y ss.

De esta manera ya podemos fijar posición, entendiendo que estamos frente a una prueba de carácter complejo, que implica por un lado el testimonio que las partes pueden presenciar e intervenir, bajo la conducción del juez, intermediado por el experto, pero complementado con un informe de su especialidad acerca de la sustancia de la evidencia obtenida, y ello en relación sólo con los indicadores o pautas de credibilidad. Asimismo, agregamos que se trata de un sistema complejo documentado con un registro filmico.

Entendemos que no es posible simplificar y decir que estamos frente a un testimonio exclusivamente, perdiendo de vista que se lo ha establecido con determinadas características y formalidades, atendiendo al sujeto menor a quien se le recibe una exposición. La decisiva intermediación del psicólogo¹⁵ obedece a la particular afectación de la víctima y tiene el objeto de evitar su victimización secundaria (producto de la actividad del sistema de investigación y sus operadores). Ello complementado con la prohibición de contacto con el presunto agresor y todo confronte procesal (careos).

3. Consecuencias de la toma de postura

Si partimos de la base de que se trata de un sistema complejo y mixto de prueba que involucra un testimonio y un informe pericial de experto, debemos, por vía de consecuencia, adecuar la investigación al sistema procesalmente establecido. Es decir que corresponde desestimar aquellos puntos de vista que afirman que se trata de un testimonio (y por ende repetible), al tiempo que corresponde verificar si estamos en presencia de una medida de corte definitiva e irreproducible.

Hemos tenido oportunidad de conocer pronunciamientos judiciales y algún artículo de doctrina¹⁶, que avalan y sustentan la idea de mero testimonio al procedimiento reglado en los arts. 250 bis y ter del CPP. Es del caso recordar el precedente de la sala V de la Cámara Criminal y Correccional, causa 35.084 "Prieto, Jonathan Iván s/violación de menor de 13 años", Nulidad del 2 de septiembre de 2008, donde se afirmara –en la parte de interés–: "...Más allá que compartimos las críticas de la defensa respecto de las falencias por las que no se permitió la presencia de la defensa en la audiencia cuya invalidez se pretende, no corresponde declarar la nulidad de dicho acto, precisamente porque la norma tiene en mira la no revictimización evitando

Estamos frente a una prueba de carácter complejo, que implica por un lado el testimonio que las partes pueden presenciar e intervenir, bajo la conducción del juez, intermediado por el experto, pero complementado con un informe de su especialidad acerca de la sustancia de la evidencia obtenida, y ello en relación sólo con los indicadores o pautas de credibilidad.

15 En este sentido, resulta de Interés lo resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, en los autos "Fernández, Adolfo Juvenal p. s. a. abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo –Recurso de Casación–, rta. el 15-8-2008 (publicado en el Dial, Suplemento Penal Edición Córdoba), donde se afirmara en concordancia con lo expuesto: "...El relato de un niño no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto; sin embargo, en la praxis tribunálica son frecuentes los casos en los que se advierte que el operador judicial los somete a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad. Semejante abordaje olvida, en primer término, que sí a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional (art. 193, CPP), ésta se integra con la lógica, pero también, y en igual medida, por las reglas de la experiencia común y la psicología (T. S. J., Sala Penal, Battiston, S. n° 193 del 21-2-2006, Cuello S. n° 363 del 27-12-2007). III. Es una regla de la experiencia común –en cuanto constituye un hecho notorio, aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible– que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad. En ninguna esfera de su vida en relación –familiar, escolar, social etc.– quien se comunica con el niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones. IV. La psicología ofrece un inestimable soporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la psique del niño que subyacen en esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común. Es precisamente por dicho motivo que resulta aconsejable –aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el art. 192 del código ritual– validar sus dichos con un abordaje experto. *Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérprete del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.* V. El juez –y las partes– acuden al perito para proveer a determinada constatación fáctica de una base técnica que ante las partes se presenta objetiva y controlable. En consecuencia carece de todo sentido prescindir luego de su dictamen sin exponer las razones de tal solución, como así también contraponer a la opinión profesional el parecer meramente individual del magistrado –o de la parte– en un área ajena a sus incumbencias específicas. Por ello, *cuando existe una pericia psicológica que expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada* –cual sombra al cuerpo– *de la explicación experta, en tanto que aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el juzgador* (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a la partes) y que por ende no pueden motivar su decisión..." (Lo resaltado me pertenece).

16 Sobre la posibilidad de reeditar el testimonio con recaudos, ver ASTURIAS, Miguel Á., "La prueba de la cámara Gesell y el derecho de defensa", publicado en LL, 2008-F, 1191.

en lo posible que el menor se vea sujeto a nuevos interrogatorios...", y agrega: "...Además la defensa no ha demostrado un perjuicio concreto en la medida que el acto es reproducible, por lo tanto y por aplicación del principio 'pas de nullité sans grief' (*in re*, c. 26.259, 'Vélez, Matías Maximiliano', rta. 9/3/2005) procede homologar el auto interlocutorio en Alzada..." desestimando el planteo de nulidad de la defensa, pero si quedaban dudas acerca de la posición se afirma luego: "...Así puesto que en atención a su naturaleza y características, la medida de prueba cuya validez se discute, lejos de resultar 'definitiva' (art. 250 bis del CPPN), es perfectamente reproducible, correcto deviene afirmar la inexistencia del perjuicio alegado por la parte, y consecuentemente, la inviabilidad de la declaración de nulidad pretendida. Ello sin perjuicio de aconsejar la notificación a todas las partes para evitar dentro de lo posible, su reproducción..."

Si se trata de preservar al menor de nuevas ingerencias sobre su persona y especialmente sobre su psiquis, deberíamos considerar a la diligencia como no susceptible de repetición posterior.

Como puede verse, por un lado el acto se funda en la evitación de reiteraciones perniciosas y luego se dice que el acto es reproducible. Si es reproducible, la revictimización parece que no cuenta, pero si se trata de preservar al menor de nuevas ingerencias sobre su persona y especialmente sobre su psiquis, deberíamos considerar a la diligencia como no susceptible de repetición posterior. Además, volvemos sobre la posición asumida, y en este caso también debe ser considerada imposible de reiterar porque el informe pericial (del inc. "c" del art. 250 bis del CPP) debió haber sido notificado o se debió haber dado la posibilidad de que el imputado nombre un experto de su confianza para que asista a su defensa técnica durante la diligencia en la cámara Gesell.

En otro fallo de la Cámara Criminal y Correccional, sala IV, de fecha 25 de octubre de 2005, en la causa 27.777 "Ruiz Díaz, Santos Isabelinos/abuso sexual", se dijo: "...En lo que se refiere a la invalidez planteada por la defensa respecto de las declaraciones de la damnificada en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación sin que se haya dado intervención a la asistencia técnica del imputado para posibilitar el control de la prueba y la proposición de inquietudes al profesional actuante conforme lo prevé el inciso 4° de la normativa citada, habrá de confirmarse asimismo su rechazo. La nulidad, y en especial la de los actos esencialmente reproducibles como son las declaraciones testimoniales –contrariamente a lo que sostiene la defensa–, reconoce el límite del principio de trascendencia. La invalidación es un remedio de naturaleza extrema y de interpretación limitada, de modo que si no existe interés jurídico de reparar o éste puede ser tutelado de otro modo que no implique la destrucción del acto, no corresponderá su declaración. La imposibilidad de reproducir las declaraciones que alega la defensa no puede ser aceptada por esta Alzada en el presente caso pues debe limitarse a los supuestos en que quien depone hubiera fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para testificar nuevamente, extremos en los que se permite la incorporación de los dichos del testigo al debate por lectura (art. 391, inc. 3°, del Código Procesal Penal de la Nación). El criterio sentado resulta coincidente con lo previsto por el art. 200 de la ley adjetiva en cuanto dispone el derecho de asistencia de los defensores a los registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones –con la limitación del art. 218 del ordenamiento citado– que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles, o mismo que a las declaraciones de los testigos –queda claro que éstas no son pasibles de ser consideradas definitivas ni de imposible reproducción– quienes por la enfermedad u otro impedimento, sea presumible que no podrán concurrir al debate. Sentado ello es preciso resaltar que, *si bien se ha omitido notificar a la asistencia del imputado de la producción de la medida dispuesta por el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación, existe la posibilidad de llevarla a cabo nuevamente* y de que el letrado defensor realice las sugerencias que sostiene se ha visto impedido de formalizar en la oportunidad precedente. De allí se desprende que la declaración de nulidad propuesta no resulta necesaria para hacer efectivo el derecho de defensa en juicio del imputado..."

Como puede verse, nuevamente se vuelve con el argumento de la posibilidad de reproducir, por lo que se obliga de alguna forma a reeditar un planteo, ya que el Tribunal da por supuesta la realización de la medida durante la instrucción o en ocasión del debate, ello sin tener en cuenta que se contradicen las razones que inspiraron la promulgación de la norma aludida. Por otra parte, en este fallo se le responde con ejemplificaciones de declaraciones testimoniales comunes con apego al art. 391 del CPP, es decir, una respuesta general para un tema de naturaleza especial.

El criterio impuesto en estos fallos pierde de vista (o al menos no sopesa en su justa medida) la idea de revictimización, y lo que tiene dicho la CSJN, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, en cuanto a evitar la revictimización del menor a quien se pretendía someter a nuevas declaraciones y exámenes psicológicos¹⁷.

El ordenamiento procesal en su juego armónico establece diligencias de orden irreplicable, por ello autoriza a la intervención del imputado, en aras de la garantía de defensa en juicio, de manera que cualquier retaceo aparece violatorio de esa prerrogativa. De hecho, la conjunción de los dos derechos en pugna debe resolverse sin desatender a ambas exigencias, y esto es posible si se analiza la cuestión entre los derechos de menores víctimas y los supuestos responsables. Ningún derecho puede considerarse de aplicación absoluta y sin reglamentación, como por ejemplo producir y ofrecer prueba, en las formas y en los tiempos establecidos por el ordenamiento procesal, de manera que debemos comenzar por analizar cuáles son los derechos en juego y cómo conciliarlos.

Ningún derecho puede considerarse de aplicación absoluta y sin reglamentación, como por ejemplo producir y ofrecer prueba, en las formas y en los tiempos establecidos por el ordenamiento procesal, de manera que debemos comenzar por analizar cuáles son los derechos en juego y cómo conciliarlos.

4. La tensión. Protección del menor y garantías del imputado

Como medida extrema se ha intentado atacar de inconstitucional a la norma contenida en el art. 250 bis del ordenamiento ritual, sin que haya tenido una favorable recepción, sino todo lo contrario, como lo demuestran algunos fallos de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal¹⁸. En realidad, si los argumentos aludieron a la violación de la garantía del juez natural y del derecho de defensa en juicio, no parece que tuvieran buena base. En efecto, no se trata de reemplazar al juez, sino de que siga siendo el director del proceso, en tanto tenga en sus manos la investigación, y que pueda dirigir la audiencia, verificando qué preguntas son pertinentes y útiles (y en su caso transmitir al experto el contenido del interrogatorio) y dando lugar a las intervenciones de las partes. De manera que no es, el perito, un subrogado del juez, sino sólo un interlocutor válido para dar espacio a la manifestación del menor.

Se trata de un nuevo procedimiento que no vulnera la garantía del juez natural, ya que éste continúa al mando de las acciones; tampoco puede decirse que se afecta la garantía de defensa en juicio porque las partes pueden interrogar y observar desde afuera (al igual que todos los autorizados) el testimonio, y su vez pueden acompañarse de su propio experto para que en su oportunidad efectúe la evaluación que crea pertinente. Es decir, se trata de una modalidad de interrogatorio que modifica el método del código adjetivo, pero en franco respeto a los compromisos internacionales que la Nación ha suscripto, como por ejemplo la Convención de los Derechos del Niño, sin que se pueda señalar que esta protección colisiona con las garantías del imputado¹⁹.

17 Conf. "Recurso de Hecho M., A. y otros s/abuso deshonesto", causa 42.394/96, rta. el 27-6-2002.

18 Sólo a modo de ejemplo, es del caso recordar: "Bulgarelli, Raúl A.", sala I, rta. el 28-12-2004, causa 24.987; sala IV, causa 26.924, "Paez, Patricia Silvia Teresa s/amenazas", rta. el 12-8-2005; sala I, causa 27.178, "Saldivar, Mirian", rta. el 12-10-2005.

19 Sobre algunos criterios y fundamentos del régimen establecido por el art. 250 bis, ver PARAMES, Mario, "El interrogatorio subrogado de menores es constitucional". Prevalece el sistema de no maleficencia: *primum non nocere*. Publicado en LexisNexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N°14, octubre de 2005, pág. 1591 y ss.

Un punto central en el tema que estamos analizando pasa por establecer un equilibrio entre esa tensión existente entre el interés del Estado en proteger a la víctima menor de un delito sexual y las garantías individuales de que en todo proceso goza el imputado de esa infracción.

Uno de los temas de mayor debate ha sido el relativo a la incorporación por lectura de la declaración del menor, no obstante su registro filmico y su desgrabación, sobre la base de una eventual afectación del derecho del imputado de poder interrogar al testigo de cargo, como surge de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8º, inc. 2, f, y 14, inc. 3, e, respectivamente²⁰, en contraposición con los arts. 3 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹.

En efecto, en un precedente de la Cámara de Casación Penal²² se optó por dar primacía al interés superior del niño (art. 3 de la Convención aludida) y evitar la revictimización con nuevos interrogatorios, siendo que el derecho del imputado (agregó) tiene rango similar. Es que la conciliación de los derechos debe efectuarse de manera concreta, no dentro de un marco de probabilidades inseguras. El cumplimiento de ambas exigencias constitucionales debe ser atendido con el propio procedimiento, esto es, con la debida notificación al imputado para que pueda ejercer mediante el procedimiento reglado su efectiva defensa. Entonces, la notificación debe ser fehaciente y con la debida antelación para que, inclusive, pueda nombrar un experto de su confianza, y actúe asesorado con su letrado y su consultor técnico, al tiempo que el video grabado del encuentro permitirá, a la hora de los alegatos, contar con el material necesario para el Tribunal de juicio y las partes.

Sabemos que en el marco de una investigación puede resultar de interés escuchar al menor sobre lo acontecido y éste, en ese momento, proporcionar datos de quien resultaría imputado o brindara elementos para su identificación, por lo tanto, sin pretender agotar la casuística, correspondería notificar de la audiencia al defensor oficial en turno a los fines de que efectúe el debido contralor de la toma y ante cualquier planteo que surja sea el juez interviniente quien lo resuelva. De esta manera se balancean y equilibran dentro del proceso ambos derechos. En este sentido el Procurador General de la Nación, en la resolución 8/09 del 24 de febrero de 2009, dispuso una metodología similar a la que estamos propiciando, recordando la vigencia de resoluciones anteriores en igual sentido, para que los fiscales ajusten su actuación a ésta.

En otro precedente del mismo Tribunal²³, se dispuso la nulidad de la sentencia condenatoria, por cuanto no se le permitió al procesado controlar la prueba de cargo, ya que incorporó por lectura las declaraciones de las víctimas vertidas en la cámara Gesell, sin darle oportunidad a la defensa de participar en ellas. De manera que no ocurrió como en otros casos²⁴, donde la reconstrucción histórica del suceso pudo realizarse por otra vía independiente, y sin contar con los dichos de los menores que no fueron incorporados.

Un punto central en el tema que estamos analizando pasa por establecer un equilibrio entre esa tensión existente entre el interés del Estado en proteger a la víctima menor de un delito sexual y las garantías individuales de que en todo proceso goza el imputado de esa infracción.

20 Art. 8.2: "...Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f: 'derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigo o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos'".

Art. 14. 2: "...Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) [...] A interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

21 Art. 39: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

22 C. N. C. P., sala III, causa 6304, "Brancca, Carlos Alberto, s/recurso de Casación", rta. el 7-6-2006.

23 Conf. C. N. C. P., sala II, causa 8458, registro 11.817, del 9 de mayo de 2008, "Bautista Cabana, Gabriel s/recurso de casación", con abundante cita jurisprudencial en igual sentido.

24 Sobre el particular conf. C. N. C. P., sala I, causa 9263, "Vilca Madani, Liborio s/recurso de casación", rta. el 11-8-2008. También puede consultarse el fallo del Supremo Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, en los autos "Franco Anibal Héctor", rta. el 26-6-2008.

El inicio de una solución puede ser respetar el concepto de "igualdad de armas"²⁵ o "igualdad de posiciones", dado que frente al aparato estatal debe brindarse igual dimensión a la defensa del acusado, al menos en un Estado de Derecho, y esto no puede diferirse hasta el juicio oral sino que debe implementarse desde el inicio de la investigación²⁶ (más allá de que seamos partidarios de un sistema con citación directa), y esto cobra validez si volvemos a repasar que los problemas se gestan en la instrucción y nacen en la audiencia oral, para que los tribunales superiores tengan que serpentear en caminos de garantías y derechos de la víctima para compensar las falencias originarias.

Está claro, como marca Maier, que "...Concluida la instrucción, en cambio, aparece en toda su magnitud el ideal de otorgar posibilidades parejas al acusado respecto de su acusador. El juicio o procedimiento principal es, idealmente, el momento o período procesal en el cual el acusador y el acusado se enfrentan, a la manera del proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto. Tanto es así que las facultades otorgadas a uno y a otro son paralelas o, si se quiere, las otorgadas a uno resultan ser reflejo de las concedidas al otro; la acusación provoca la contestación del acusado; ambos pueden probar los extremos que invocan y controlar la prueba del contrario; ambos valoran la prueba recibida para indicar al tribunal el sentido en el que debe ejercer su poder de decisión..."²⁷.

Este derecho de igualdad de armas consiste y se concreta en definitiva "...en el derecho de la defensa a tener las mismas posibilidades que la acusación: ser oído en los mismos trámites y poder evacuar la prueba en las mismas condiciones. Es decir se pretende con este Derecho que el Ministerio Fiscal no sea una parte preeminente en el proceso..."²⁸.

El derecho de igualdad de armas ha de mantenerse también en el examen de la prueba. Precisamente el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) señala que el acusado tiene derecho a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. De esto se deriva que el acusado tenga el derecho de interrogar a los testigos y especialmente al de cargo, como podría ser un menor que lo sindicó como el autor de un abuso sexual. Esto no requiere la invocación del recordado y conocido precedente "Unterpertinger"²⁹, puesto que basta con los principios generales del derecho instrumental.

No obstante, un caso muy atinente a la discusión es "Corte Europea de Derecho Humanos, 2001/12/20 P.S. c/Alemania", en el que se modificó un pronunciamiento en donde no se contó en el juicio con la declaración de una niña abusada sexualmente³⁰.

El inicio de una solución puede ser respetar el concepto de "igualdad de armas" o "igualdad de posiciones", dado que frente al aparato estatal debe brindarse igual dimensión a la defensa del acusado.

25 Sobre la necesidad de igualdad de armas, ver la mención de CANGENOVA, Marisa I. y COSTABEL, Néstor G, en "Interrogatorio a menores de edad víctimas de delitos", publicado en LL, 2005-A, 978.

26 El derecho a la igualdad de medios se proyecta no sólo durante el juicio sino también en la instrucción, exigiendo que ésta tenga carácter contradictorio, y ofreciendo al inculcado la posibilidad de alegar y contradecir lo que contra él se establece, tal y como surge del caso "Sanchez-Reisse" de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STDH) del 21-10-1986 (TEDH 1986, 12), núm. 51; y "Lamy", STEDH del 30-4-1989 (TEDH 1989,5), núms. 28 y 29.

27 Conf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I*. Fundamentos, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1999, pág. 577 y ss.

28 Conf. LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado...* cit., pág. 155 y ss. Con abundante cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

29 Caso "Unterpertinger", STEDH del 24 de noviembre de 1986 donde se refiere a la condena del Sr. Unterpertinger por lesiones a su mujer y a su hijastra. Éstas habían declarado ante la policía, pero no así ante el Tribunal, puesto que ejercitaron su derecho de no declarar. Ante el Tribunal fueron leídas las declaraciones que las citadas habían realizado en sede policial; dichas declaraciones fueron tomadas en cuenta para condenar al Sr. Unterpertinger. El TEDH, teniendo en cuenta los problemas singulares que puede suscitar un careo entre un acusador y un testigo de su propia familia, pretende proteger a este último evitándole problemas de conciencia, por lo que considera que un precepto que autorice en tales casos al testigo a no declarar no infringe el art. 6.1 y 3.d del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ahora bien, y aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que las interrogara o hiciera que se las interrogara sobre sus declaraciones y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que se declaró culpable al Sr. Unterpertinger fundándose en testimonios frente a los cuales sus derechos de defensa eran limitados. Por lo tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado I del art. 6º del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 3.d del mismo precepto.

30 Conf. sobre el particular GARCÍA LUIS, M., "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en un caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso 'P.S. vs. Alemania'", publicado en Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de La Ley y su nutrida cita jurisprudencial del Tribunal Europeo.

En cierta forma estamos de acuerdo con que la norma de los arts. 250 bis y ter sea interpretada de manera que no resulte una excepción la presencia del imputado, o que sea por su iniciativa la convocatoria al acto procesal sino que, su presencia, debe ser un trámite ineludible para convalidar el acto, ya que ahí podrá concretar el postulado de igualdad de armas³¹.

Si aceptamos con esta breve reseña la necesidad de ajustar la diligencia del testimonio diferenciado de un menor a ciertas exigencias de garantías debemos analizar, para elaborar un estándar mínimo, la posición del Estado frente a la protección del menor testigo, verificando no sólo la victimización secundaria, mediante la ingerencia del aparato investigativo estatal, sino también analizando qué instrumentos normativos brindan sustento a la política tuitiva que debe seguirse.

El interés superior se ha instalado como norma fundamental, con un papel definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e incluso orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Como norma principal resulta ineludible la mención de la Convención de los Derechos del Niño³², la cual nos informa del nuevo posicionamiento que debe adoptarse, del trato a los menores y fundamentalmente de las obligaciones del Estado frente a ellos, mediante la incorporación de este instrumento con rango constitucional. Por cierto no es sólo el cuerpo del articulado a lo que debe atenderse, sino también al preámbulo de la Convención, en el cual ya se introducen las pautas que guiarán la interpretación del instrumento, sobre todo cuando puntualiza: "...Recordando que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados especiales" [...] *Teniendo presente* que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24) en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en particular el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. *Teniendo presente* que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...".

En lo particular, las específicas menciones de los arts.3.1, y 4³³, donde se consagra como criterio orientativo el "interés superior del niño" y "la efectividad de los derechos consagrados en la Convención"; es decir que ese interés superior se ha instalado como norma fundamental, con un papel definido que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e incluso orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas³⁴.

Esto debe interpretarse, según Mary Beloff, como la búsqueda constante de nuevos y mejores estándares³⁵, no sólo en la faz normativa sino en la implementación de políticas activas, por parte del Estado, en el sentido tuitivo que se deriva de esos preceptos (agregó).

31 En igual sentido ver LANGEVIN, Julián H., "El derecho del imputado a estar presente en su propio juicio", publicado en diario La Ley del 27 de diciembre de 2006, con ajustada mención de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "A. M. c/Italia"; "Kostovski c/Paises Bajos" y "Widisch c/Austria".

32 Conf. ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, e incorporada a la Constitución Nacional merced al art. 75, inc. 22.

33 Art. 3.1: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instrucciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...".

Art.4: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

34 En igual sentido ver CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño" publicado en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Tomo I, 3ª ed., Colombia, Temis, 2004, pág. 78 y ss.

35 Conf. "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno", en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997, pág. 628 y ss.

Claro que no se agota aquí, sino que la normativa citada continúa, con preceptos como los de los arts.12³⁶, el cual consagra el derecho del menor de ser oído, en concordancia con las normas de procedimiento que, como es de esperar, deben apuntar a consolidar la armonía de todo el sistema de protección y justamente la intermediación debe ser el método apropiado del que se habla y del que da cuenta el art. 250 bis del CPP.

El art. 39³⁷ impone la obligación de adoptar medidas para la recuperación física y psicológica del menor y su reintegración social, y ello respecto de todo niño víctima. De esta forma surge, por lógica consecuencia, que si la obligación es la de protección, recuperación y reintegración no es admisible ninguna forma de revictimización o de desprotección durante y luego del proceso judicial.

Finalmente, el art. 41³⁸ brinda una base sobre la cual o por sobre la cual, deben construirse disposiciones o políticas públicas conducentes a la realización de los derechos del niño. Es decir, no da un límite pero sí un punto de partida que puede surgir del propio derecho interno o de cualquier instrumento que el Estado haya signado.

Podríamos decir que estos principios³⁹ o mandatos de optimización deben ser cumplidos con diversa intensidad, pero nunca ignorados u omitidos con pretextos de limitaciones económicas; son las rutas por donde circulan las normas tuitivas. Evidentemente son unidireccionales, van siempre en sentido de la protección y nunca serán objeto de retraimiento o circulación inversa. De manera que toda formulación normativa, administrativa o medida positiva del Estado debe consolidar estos principios en concordancia con todos los demás inherentes a otros involucrados. Es ésta la tarea que requiere mayor atención, sobre todo si se repara en que el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, establece como obligación adicional del Congreso Nacional la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la CN y por los Tratados de Derechos Humanos⁴⁰, en particular respecto de los menores.

Del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional también se desprenden vinculaciones, para el Estado, de ciertas opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el punto que nos toca, la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 20 de agosto de 2002 resulta de interés en su párrafo 56 a 61, dando un marco al concepto del art. 3° de la Convención (interés superior del niño).

El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, establece como obligación adicional del Congreso Nacional la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la CN y por los Tratados de Derechos Humanos, en particular respecto de los menores.

36 Art. 12.1: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniendo en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". 2. "Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

37 Art. 39: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación, abuso, torturas u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

38 Art. 41: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

39 Sobre principios y normas, en el sentido expuesto, puede consultarse: ALEXÍ, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 81 y 88/9; DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (aunque con el agregado de directrices) (prólogo de Albert Calsamiglia), Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pág. 9 y ss.

40 Sobre el particular, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Última Tentación de Cristo", Olmedo Bustos y otros, Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001, que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos incumbe a cualquier poder y órgano independientemente de la jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esto debe tenerse en cuenta en ambos sentidos, tanto para el menor que presta declaración como para el imputado para poder presenciarla.

En lo atinente a las Obligaciones Positivas de protección; los párrafos 87, 89, 90 y 91 son claros. En efecto: 87. "Esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el art. 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el Poder del Estado y también en relación con actuaciones de terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tiene el deber, bajo los artículos 19 (derechos del niño) y 17 (protección de la Familia), en combinación con el art.1.1 de la misma, de tomar las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales [...]".

El Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

89. "Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela. Señaló que la Convención sobre los Derechos del Niño establece altos estándares para la protección del niño contra la violencia, en particular en los artículos 19 y 28, así como en los artículos 29, 34, 37, 40, y otros [...] tomando en cuenta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3 y 12".

90. "La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales tales como el maltrato de uno de los poderes; además ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos".

91. "En conclusión el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño".

En lo relativo a la participación del niño en los procesos judiciales también fue clara la opinión consultiva en sus párrafos siguientes:

101. "Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio".

102. "En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".

Se va completando el panorama con las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos, aprobadas por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de julio de 2005⁴¹, que se refieren a los siguientes aspectos: la 13 a que, para evitar sufrimientos, la entrevista al niño debe realizarla un profesional capacitado que actúe con tacto, respeto y rigor; la 14, referida al lugar de realización de las actividades que debe ser un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad; la 17, que destaca que en algunos casos habrá que instituir servicios y protección especiales para tener en cuenta el sexo y la especificidad de determinados delitos cometidos contra los niños, como los casos de agresión sexual que afecten a niños; la 18, que alude a que la edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio en forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia; la 19, que alude al derecho de ser informado de todos los servicios de salud y apoyo financiero a que tiene derecho; la 23 y 31 reafirman el concepto de evitar la reiteración de entrevistas y evitar la revictimización de los menores. Debemos destacar la 30.d) que se refiere a utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencias modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos. Finalmente, no podemos dejar de mencionar el capítulo XII Derecho a la seguridad, donde la directriz 34.a) establece que hay que evitar el contacto directo entre los niños víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia.

También debemos acotar que en el plano jurisprudencial y específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay"⁴², donde en el párrafo 211 se dijo, en el punto que nos convoca: [...] "la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un procedimiento judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso..." y esto ha sido recogido, oportunamente, por nuestro más alto Tribunal⁴³.

En términos generales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca del deber amplio de protección de los Estados en el caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala"⁴⁴, en especial párrafo 194, lo que permite inferir a esta altura el carácter implícito y explícito de la obligación de cuidado de los menores por parte de los Estados Partes, que surge del art.19 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca del deber amplio de protección de los Estados, en especial párrafo 194, lo que permite inferir el carácter implícito y explícito de la obligación de cuidado de los menores por parte de los Estados Partes.

41 Ver a partir del Capítulo IV. Definiciones; donde se ha recomendado: [...] "9. Las siguientes definiciones se aplican al conjunto de las presentes Directrices: a) Por niños víctimas y testigos se entenderán los niños y adolescentes menores de 18 años que sean víctimas o testigos de delito, independientemente de su papel en el delito o en el enjuiciamiento del presunto delincuente o grupo de delincuentes; b) Por profesionales se entenderán las personas que, en el contexto de su trabajo, estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños en el sistema de justicia y para quienes sean aplicables las presentes Directrices. Este término incluye, aunque sin limitarse sólo a ellos, a: defensores de niños y víctimas y personal de apoyo, especialistas de servicios de protección de niños, personal de organismos de asistencia pública infantil, fiscales y, en su caso, abogados defensores, personal diplomático y consular, personal de los programas contra la violencia en el hogar, magistrados, personal judicial, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, profesionales de la salud mental y física y trabajadores sociales..."

42 Conf. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C N° 112.

43 Conf. G 147. XLIV, Recurso de Hecho "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina" s/causa 7537, rta. el 2-12-2008.

44 Conf. Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (fondo), dado que el 11 de septiembre de 1997 resolvió sobre medidas preliminares.

45 Art. 19: 1. "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces, para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial".

No hace mucho, en nuestro país se ha sancionado la ley 26.061⁴⁶, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual no deja lugar a dudas acerca del posicionamiento del Estado en materia de protección de los menores (ver arts.1, 2, 3), el criterio de las políticas públicas que deben llevarse a cabo en el área (art. 4) y responsabilidad gubernamental para llevarlas a cabo con preferencia de los intereses del menor (art. 5).

Se consagra, entre otros, el derecho a la dignidad y a la integridad personal (arts. 9 y 22); derecho a opinar y a ser oído (arts. 24 y 27)⁴⁷, el derecho de efectividad (art. 29). En su Título III se consagra el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 32 y ss.) y se establece su finalidad (art. 34).

En nuestro país se ha sancionado la ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual no deja lugar a dudas acerca del posicionamiento del Estado en materia de protección de los menores (ver arts.1, 2, 3), el criterio de las políticas públicas que deben llevarse a cabo en el área (art. 4) y responsabilidad gubernamental para llevarlas a cabo con preferencia de los intereses del menor (art. 5).

En la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su sección XIV edición, se ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, conocidas como *Reglas de Brasilia* (del 4 al 6 de marzo de 2008). En este instrumento se incluyen los conceptos de: menores (art. 5) y las víctimas de delitos sexuales (art.11), se recomienda evitar la victimización secundaria, como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (art. 12). Se establece que los destinatarios de las reglas son: a) responsables de las políticas públicas dentro del sistema judicial; b) jueces, fiscales, defensores públicos, empleados judiciales; c) los abogados y sus colegios y agrupaciones; d) el Ombudsman; e) policías y servicios penitenciarios; f) todos los operadores del sistema judicial (art. 24).

Se considera de importancia y se sugiere la recepción de prueba que evite la reiteración de las declaraciones y se alude a la grabación de la audiencia (art. 37); realización de actos judiciales en una sala adecuada (art .78).

En lo que respecta a ciertos organismos públicos, como las Fiscalías en el ámbito penal, debemos mencionar "Las Guías de Santiago sobre protección de Víctimas y Testigos", documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), en República Dominicana los días 9 y 10 de julio de 2008.

En este documento, en su punto 9 y 9.3 "Especial referencia a los niños y adolescentes como víctimas", se puede ver la consideración de mayor vulnerabilidad que poseen como víctimas los menores y adolescentes, máxime cuando los autores están en su propio entorno; se caracteriza la participación del menor en el proceso y se adoptan cautelas para evitar la revictimización, lo que implica: "Acompañamiento del menor por persona vinculada familiarmente idónea para ello o, en su caso, profesional calificado; explicación clara y en términos idóneos a su circunstancia, sobre la necesidad de la actuación; dirección del interrogatorio por profesional especialmente entrenado en el tratamiento con menores; evitación de cualquier visualización o enfrentamiento material con cualquiera otras personas implicadas en el procedimiento, especialmente el imputado; adecuación de las circunstancias de lugar y tiempo de la diligencia para evitar cualquier entorno hostil; utilización del menor bajo un principio de excepcionalidad procurando que sea un mínimo de veces (con tendencia hacia la vez única) aquél en que el

46 Ley 26.061 (Adla 2005.E, 4635), sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de octubre de 2005.

47 Art. 24. "Derecho a opinar y ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernen y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

Art. 27. Garantías mínimas de procedimientos. Garantías en los procedimientos judiciales y administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos contemplados en la Constitución Nacional, La Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niños y adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión..."

menor sea interlocutor de cualesquiera actuaciones de investigación o procesales. Los procedimientos en los que estén implicados menores deben estar afectados por términos de celeridad para que el menor no tenga que soportar la pendencia y la tensión que ello supone, pudiendo iniciarse cuanto las actuaciones de reintegración personal y psicológica...".

Este cuadro se completa, para los fiscales de nuestro país, con la reciente instrucción general emitida por el Procurador General de la Nación, res. PGN 8/09, del 24 de febrero de 2009, donde dispone que los magistrados del Ministerio Público Fiscal adecuen su actuación a los parámetros siguientes: "[...] a) que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del artículo 250 bis del Código de 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 de la realización de dicho acto; b) 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 c) que en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado determinado se realicen las medidas indicadas en inciso a) y b) con control judicial y notificación a la Defensa Pública...".

Es evidente que la protección integral del menor y el sistema procesal aplican una *concepción netamente tuitiva* a menores víctimas, al menos desde el cuadro normativo y parámetros de actuación pública. Es por ello que se requiere un equilibrio muy delicado entre las garantías del imputado y los derechos de las víctimas, que impone una serie de estándares de actuación para conciliar los derechos en aparente pugna.

Se requiere un equilibrio muy delicado entre las garantías del imputado y los derechos de las víctimas, que impone una serie de estándares de actuación para conciliar los derechos en aparente pugna.

5. Necesidad de un estándar

Construir un estándar implica conocer y aplicar todas las normas sin que aparezcan contradicciones legales o fácticas, no sólo en aras de un proceso legal, sino en la eficiencia de la reunión de evidencias puras, alejadas de toda sospecha de parcialidad o mecanismos de evasión de las reglas so pretexto de la gravedad de los hechos o de la afectación de la víctima. Al menos en un Estado de Derecho.

Es así que deberíamos realizar la investigación y acreditación de los sucesos, en lo que a la prueba testimonial y pericial se refiere, con el máximo apego a los dos grupos de protecciones que se han adoptado en nuestro país, tanto para las víctimas, como para los imputados.

Como aporte podemos apuntar:

- Notificación de todo proceso iniciado o seguido a un adulto identificado, con la salvedad de aquellas diligencias que de ser publicitadas podrían afectar la prosecución de la encuesta (intervenciones telefónicas, registros domiciliarios), y ello con el debido control jurisdiccional.
- Notificación de las audiencias estipuladas por el art. 250 bis al imputado y su defensor o defensor oficial en turno para el caso de desconocer la identidad del acusado.
- Provisión de un experto o asesor técnico (del área de la psicología) para el imputado y especialmente para la realización de la audiencia del art. 250 bis y su respectivo informe (para el caso de no contar con uno).
- Registro fílmico de la audiencia, con todos los intervinientes, dejando constancia de su presencia y de todo lo acontecido en ella (preguntas, oposiciones y resolución del magistrado, como también las intervenciones de los expertos).

- Prohibición de toda reedición de dicha audiencia o de cualquier confronte con el imputado por parte de la víctima.
- Suministro de los organismos estatales competentes de todo apoyo, asesoramiento legal y protección integral del menor en el inicio del proceso, durante y tras el mismo para su protección, asistencia y recuperación integral (con gabinetes legales, médicos, psicológicos y sociales).

Es deber del Estado realizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y volver sobre ellos en cada caso para equilibrar y eliminar todas las tensiones que pudieran presentarse.

La necesidad de equilibrar el sistema surge no sólo del concierto de garantías constitucionales, sino también de las interpretaciones que a ese respecto ha realizado nuestro Máximo Tribunal⁴⁸, cuando afirmara: "...que garantizar los derechos humanos implica para el Estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquéllos".

También se debe realizar un verdadero "control de convencionalidad"⁴⁹, como la Corte Suprema ha realizado respecto de la aplicación de aquéllas, en diversos casos, para establecer la debida convivencia normativa.

Frente a todo lo expuesto, debemos recordar que es deber del Estado realizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales⁵⁰ y volver sobre ellos en cada caso para equilibrar y eliminar todas las tensiones que pudieran presentarse, para que en cada resolución se reafirme la vigencia del Estado de Derecho.

48 Conf. *in re* "Giroldi y otros", Fallos 318:514, 530, con referencia a una cita de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

49 Conf. *in re* "Mazzeo", Fallos 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

50 Sobre este particular ver C. S. J. N. en "García Méndez, Emilio y otra" recurso de hecho sobre causa 7537, del 2 de diciembre de 2008.