

UNA VISIÓN CRÍTICA

sobre la excesiva regulación de la producción y valoración de las pruebas¹



Gabriel Ignacio Anitua²

He sido convocado para esta publicación quizás por mi doble carácter: por ser profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pero también por ser funcionario del Ministerio Público de la Defensa. Sin embargo, no voy a asumir aquí un rol defensorista (y con esto ya voy a empezar a contestar algunas cuestiones que afirmó el Fiscal Julio César Castro³), porque no tengo interés concreto que defender. Los defensores somos integrantes del estudio jurídico más grande que tiene el país. Somos abogados y nos encargamos siempre de defender, de buscar la respuesta menos lesiva en lo que hace a la demanda de pena o de medidas restrictivas de la libertad en un proceso. Pero defendemos intereses de individuos concretos, ante imputaciones concretas. Aquí, hoy, no defiendo a ningún imputado de ningún hecho, por lo que no objetaré ninguna medida en razón de esos intereses que no tengo en general y abstracto. Tampoco estoy en este caso en representación de los asesores tutelares, ni de los defensores de víctimas. Tampoco defiendo aquí estos otros intereses legítimos (de víctimas, etc.), así que no hay ninguno de estos intereses influyendo en lo que pueda decir. De acuerdo con aquéllos, a veces se deben manipular argumentos, para cumplir bien la tarea, que es lo que se hace en juicios concretos para defender la invalidez de determinada prueba, o la validez de una prueba concreta, dependiendo del interés que se defiende. Habría que atenerse al caso concreto, y éste, me parece, puede ser, paradójicamente, un buen criterio general, aunque vaya en contra de toda regulación de estas situaciones.

En este caso, entonces, el doble rol que cumpla se unifica, y es que también el Ministerio Público de Defensa, institucionalmente, no hace ni puede hacer una cosa ni la otra, ni decir, en general, que la prueba y la forma de adquirirla o valorarla es legítima o no.

Por extensión, señalaré el primer argumento polémico respecto de los autores que me precedieron en la presente obra. Creo que es un error, en el que incurre también el Procurador General de la Nación en su resolución PGN 8/09, el de sostener que un defensor oficial puede defender promiscuamente a alguien que está desaparecido, que no se sabe quién es ni cuál será su interés en el proceso. Una persona determinada, si es imputada, debe designar a su abogado de confianza y, si no lo tiene, designar un letrado oficial para que lo defienda. Pero éste debe defender el interés que aquel efectivamente tiene en ese proceso. No puede designarse de oficio un defensor sin la intervención del defendido, aceptando esa designación, pues ello en sí mismo implicaría vulnerar la garantía de defensa en juicio. Tal designación, sin tomar en cuenta al titu-

1 Versión adaptada de la exposición en la mesa redonda "Validez de los medios probatorios obtenidos mediante video-grabación en la toma de declaraciones a niños y niñas".

2 Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

3 Véase Castro, J., "Cuando los niños tienen la palabra. A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado", en esta misma publicación.

lar de la garantía, no puede efectuarse en el caso concreto de una causa, por parte del juez, ni tampoco en forma general como lo regula la recomendación del Procurador que se ha comentado, y como se ha sugerido por Díaz Cantón y Castro como una solución para estos casos.

Creo que la "solución" que se pretende en estos casos sirve para legitimar la medida de prueba, y no para garantizar adecuadamente la defensa y sus derechos. Los defensores no somos ni debemos ser "legitimadores" de pruebas, sino defensores. Y si se sostiene que un individuo no se puede defender si no está, esto no puede suplirse con una presencia obligada de un defensor que no sabrá qué hacer por no conocer las condiciones de su defendido ni su concreto interés sobre esa prueba. La relación del experto jurídico es auxiliar a la de la defensa material del propio imputado, y tiene relación directa con aquel a la que debe servir.

Los avances tecnológicos, la revolución de la sociedad de la información y el reconocimiento de los derechos de todas las víctimas constituyen, junto con el reconocimiento de un derecho penal internacional las grandes novedades a afrontar por las ciencias penales.

Para el caso en que no se sepa quién es sospechado, o que éste no pueda ser encontrado, y en el que haya que practicar una de estas medidas irreproducibles como la del artículo 250 bis, CPPN, creo que hay que hacerla. Y después ver, desde la Fiscalía e incluso desde la función judicial, cómo se puede defender su validez, de acuerdo con las necesidades de ese momento concreto (y yo creo que sí se puede). Lo que seguro no es respetuoso con la garantía de defensa es pretender validarlo con la presencia mágica de un defensor, oficial o particular. Esto no es posible, porque yo no tendría interés por defender si no tengo un asistido que me brinde su confianza; de lo contrario, significaría desvirtuar la función de los defensores, que pasarían a cumplir funciones ajenas de los auxiliares de la justicia o testigos privilegiados o de un requisito formal ineludible, pero perdería así su específica función defensiva.

1. La actitud ante el avance tecnológico y la complejidad de un problema a resolver

En algunas otras investigaciones, en mi propia tesis doctoral, me he inclinado hacia un posicionamiento no temeroso de la introducción de nuevas tecnologías en el proceso penal, sino más bien hacia una actitud "tecnofílica". No habría que tenerle pánico a la tecnología; por el contrario, creo que la tecnología nos puede salvar incluso de los problemas a los que nos lleva la misma tecnología. Así, creo que están en mejores condiciones de afrontar el cambio climático y los problemas que ha ocasionado la tecnología los países con un desarrollo mayor que aquellos países que no tienen tecnología para poder plantear la reacción frente a esos problemas. Lo mismo pasa en otras cuestiones, como las que resultan más novedosas de la ciencia penal. Entre ellas están las que nos convocan. Yo creo que, por un lado, los avances tecnológicos, la revolución de la sociedad de la información y, por otro lado, el reconocimiento de los derechos de las víctimas, de todas las víctimas –no sólo los que son menores de edad–, constituyen, junto con el reconocimiento de un derecho penal internacional o un derecho penal que está más allá de los Estados (más allá del tradicional margen de la soberanía), las grandes novedades a afrontar por las ciencias penales. Y que lamentablemente muchos juristas, como son novedades y como son complejas, prefieren no abordarlas. Muchos de ellos, incluso algunos jueces, dicen "prefiero quedarme con el viejo derecho penal, en el que tengo todo claro y no meterme en esto que es tan complejo y no termino de comprender". Es ciertamente complejo porque hay algunas cuestiones de hecho y de derecho que exceden esos antiguos límites, garantías y derechos que tradicionalmente estaban estipulados en el derecho penal de la soberanía. Precisamente por ello hay que pensar críticamente sobre estas cuestiones, y desde el lugar de la ignorancia (o si se quiere, sin soberbia). Desde el lugar del que quiere aprender, aunque le toque

circunstancialmente enseñar o hablar aquí, como es mi caso. Con esta aseveración también retomo lo que mencionó la Dra. Giberti⁴: el saber crítico tiene que presentarse problemas, problemas de difícil solución o que no tienen solución. Desde este lugar se tiene que enseñar y, a la vez, enseñar a dudar de lo que se enseña.

El tema que nos convoca, ya quedó claro, es bastante complejo. Implica las declaraciones en sede judicial y penal de niños, de algunas clases especiales de niños, víctimas de algunas clases especiales de delitos, de connotación sexual, que deben ser protegidos y que a la vez constituyen el principal medio para saber la verdad de lo sucedido. Concretamente debemos pensar en conjunto sobre la validez de la forma, del soporte técnico de la prueba que brindan estos niños cuando testifican resguardados o protegidos por un experto. Están en juego, y en un juego en el que siempre algún interés se afectará; por un lado, el derecho a la intimidad y también los posibles efectos negativos, psicológicos, de una segunda victimización, y por el otro, la cuestión de la verdad y los métodos legalmente válidos para demostrarla en los que la contradicción y el control de la defensa tienen un lugar primordial. Unos y otros son valiosísimos, es por ello una cuestión tan compleja.

2. El procedimiento penal y la institucionalización de la cámara Gesell

Se ha hablado hasta aquí mucho de la "cámara Gesell", lo que implica un inconveniente porque no aporta claridad sobre lo que se discute. Ese nombre institucionaliza, solidifica una situación que podría tener otro cariz si lo que se pretende es acercarse a la verdad, con el aseguramiento del método contradictorio de su producción, y a la vez respetar la intimidad de un individuo y sobre todo proteger, no volver a lastimar al niño. Entiendo que poner un nombre e institucionalizar un método hace que determinada prueba tenga una forma fija y que no pueda hacerse de otra manera diferente (y tal vez con mejores resultados para todos sus objetivos).

Y también creo que el nombre es erróneo: los versados en disciplinas psicológicas saben que no tiene nada que ver aquella creación pedagógica del psicólogo Arnold Gesell, para investigar cómo evolucionaba un niño dentro de su hábitat natural, espontáneamente, o fuera del contacto con el experto, con una declaración testimonial o con la búsqueda de lo más veraz para poder reproducir el hecho y en la cual el experto tiene un lugar central.

En los procedimientos penales se tomó del modelo "Gesell" la cuestión técnica (esto es, el vidrio espejado, los micrófonos, la presencia de otras personas sin que el niño las observe) para lograr la espontaneidad del observado. Pero luego, con la misma lógica burocrática de las ciencias penales, que siempre intenta tener cosas dadas por hecho, seguras, se constituyó en una prueba en sí, más allá de los objetivos perseguidos.

Éste es uno de los peligros de la llamada "cámara Gesell" en el procedimiento penal. Asumir que en estos casos la prueba tiene que hacerse así, como se ha hecho siempre y como lo va a solidificar además la ley.

Poner un nombre e institucionalizar un método hace que determinada prueba tenga una forma fija y que no pueda hacerse de otra manera diferente (y tal vez con mejores resultados para todos sus objetivos).

4 Véase, Giberti, E., "Tratamiento de niños en sede judicial", en esta misma publicación.

Algunos problemas concretos que ello representa tienen que ver con los criterios, necesariamente generales que impone la ley. Uno de ellos es el de la dificultad añadida a que el testimonio de la joven víctima sea la única prueba de cargo en muchos de los casos, debido al hecho de que dicho testimonio se produzca "por única vez". La ley y sus intérpretes le han otorgado a esta prueba el carácter de irreproducibilidad. Pero sería uno de carácter formal, puesto que, desde lo óntico, desde lo material, es un hecho claramente reproducible. Es irreproducible porque se ha creído que no conviene que un niño sea sometido a múltiples interrogatorios, mucho más cuando las personas que lo interrogan no tienen preparación técnica o sensibilidad para hacerlo. Se trata de no poner en riesgo la salud psíquica de la víctima, y frente a los problemas verificados en el proceder tradicional del sistema de justicia penal frente a las víctimas (en todos los casos, y no sólo en éstos) pareció ésta una buena medida.

Se hace equilibrio, por un lado, entre la protección de aquel que ya ha sido víctima y que tenemos que defender para no seguir victimizándolo, y, por el otro, la búsqueda de la verdad y junto con ella, la garantía de defensa en juicio.

Pero de esta forma en verdad no se sale de la lógica en la cual el sistema de justicia penal sigue afectando a las víctimas que dan su testimonio. Me parece que debería discutirse sobre la conveniencia de que esta prueba sea reproducible o no, pero más allá de ello habría que plantearse todo el sistema de prueba en nuestros sistemas inquisitoriales.

En este sentido, conviene dar cuenta de la dificultad de lograr un equilibrio en la materia, entre distintos objetivos primordiales. Las violaciones a derechos de los individuos deberían estar fuera del accionar del Estado para conseguir sus propias metas. Sería una meta del Estado no agredir. Pero, además, en el proceso penal hay un objetivo principal, el más importante: lograr averiguar la verdad de lo sucedido. Averiguar esa verdad como condición para imponer castigo, como deber moral, pero también desde el mismo lugar de las garantías. La verdad, así, es aquello que garantiza que no se condene un inocente, por ejemplo. Pero es algo más, como diría Ferrajoli, es el presupuesto del funcionamiento correcto en un Estado de Derecho del procedimiento penal. Es también aquello que da sustento de legitimidad al poder represivo del Estado (solamente es legítima la imposición de un castigo si se ajusta a ese silogismo del que hablaban Montesquieu y todos los ilustrados). Pero también constituye la base del sistema garantista y la que informa a las reglas del conocimiento de la verdad, entre las que están las garantías y principalmente la de defensa en juicio.

Por lo tanto, en el caso se hace equilibrio, por un lado, entre la protección de aquel que ya ha sido víctima y que tenemos que defender para no seguir victimizándolo, la protección de su intimidad, de su psiquis en desarrollo y, por el otro, la búsqueda de la verdad y junto con ella, esto que es importante y que esencialmente protegemos los defensores, que abarca la garantía de defensa en juicio. Algo en lo que confluyen la idea de control de la defensa de los elementos probatorios, la contradicción, la confrontación, pero también otros principios especialmente importantes como la publicidad, la inmediatez (esto es que el juez recabe personal y directamente esas pruebas que luego interpretará), la oralidad, etc. Estos, a la vez que métodos más adecuados para lograr la verdad, también son todos principios ejemplares que el Estado debe cumplir para obtener la legitimidad. Para obtener la confianza de los ciudadanos, la contracara de la legitimidad. Y por ello, allí también se juegan límites a la misma eficiencia en encontrar la verdad (otro conflicto subsumido).

Lo mencionado podría encontrarse en juego en ese testimonio tan especial, tan complejo que es el problema de la prueba –donde muchas veces es la única prueba– de un abuso sexual o de un delito sexual en el cual la víctima es un niño o una niña.

Ese difícil equilibrio está reconocido –y además muchas veces por la normativa local– y por las normas internacionales que van más allá de los límites que impone el Estado en el concepto de soberanía para poder reprimir.

3. Distintas obligaciones legales en el procedimiento

Se han mencionado todas las normas internacionales incorporadas al derecho local que el Estado transgrede al revictimizar a niños y niñas con el objeto de averiguar la verdad. Pero debe recordarse que todos estos documentos nos están hablando también de garantías tales como el ejercicio eficaz de la defensa, que permiten no sólo comprobar la mendacidad o la duda que puede emitirse del testimonio que incrimina a una persona sino también ponerle límites al Estado para la imposición de castigos, de averiguar la verdad e incluso de proteger a quienes se está obligado a proteger. Y es de alguna forma lo que genera esta discusión. Nos encontramos en un difícil equilibrio: no sería legítimo ni válido proteger un derecho afectando otro de igual rango constitucional. Los penalistas no sabemos muy bien cómo hacerlo pero tenemos que esforzarnos por encontrar alguna forma de conjugar estas obligaciones para el Estado argentino.

Como ya se ha visto, en el caso de la realización y validación de esta prueba las respuestas que han habido a partir de 1994 (es decir, a partir de la de la reforma constitucional, que en gran medida obligó, pero también permitió estas discusiones) son la resolución 25 de 1999 de la Procuración General de la Nación –la primera que habla a nivel federal de la cámara Gesell en su artículo 30–, que impone esa necesidad de crear este mecanismo para probar estos delitos sin afectar a la víctima nuevamente. Luego también la decisión de la Corte Suprema del 27 de junio de 2002, M. 1116 XXXVI "Recurso de hecho deducido en los autos M., A. Y. y otros s/abuso deshonesto" (recuérdese que en ese caso el niño víctima había sido citado diez veces por las autoridades judiciales). Finalmente, la ley 25.852 de 2003, que se sanciona en 2004. La ley, llamada "Rozanski" porque fue inspirada por el prestigioso jurista que comparte esta publicación, modifica algunos artículos vinculados con la materia de prueba y la materia de testimonios en el Código Procesal Penal de la Nación. En concreto, modifica el artículo 250 bis y el 250 ter, de tal manera que implica un procedimiento fijo, estandarizado, con las ventajas que tiene esto pero también con los inconvenientes, sobre todo introduciéndose en la lógica inquisitorial del Código y su sistema de producción y valoración de pruebas y también en una mentalidad burocrática de nuestros operadores judiciales que dicen "si hay que hacer esto, si esto se hace mal no hay forma de salvarlo. Es nulo". Ya habrá oportunidad de discutir sobre las perniciosas interpretaciones de las nulidades que hacen algunos de estos jueces, que no sólo afectan a la verdad y a la diligencia temporal, sino normalmente a los mismos acusados.

Este sistema luego irá regulándose aún más con las interpretaciones jurisdiccionales y con resoluciones del Procurador, como la 8 de 2009 de la que ya he hablado.

La doctrina, los profesores de derecho penal y procesal tampoco colaboramos mucho. Las discusiones pasan por si esta prueba entra en tal o cual régimen, si es una testimonial del chico o del perito, si es una pericial...

Quienes declaran, las sospechadas como víctimas, son, como saben, menores de 16 años, y hasta menores de 18 en algunos casos (250 ter, CPPN). Lo hacen con la única presencia de un experto, del psicólogo que tiene que elaborar un informe sobre lo que ha oído y en alguna medida producido con sus preguntas. Esto, en verdad, se transforma en una especie de pericia, por el saber comprometido de este experto que informará sobre otras cosas además de lo principal, como "testigo de oídas". La ventaja del "gabinete", al cual se le da el nombre de "Gesell" y luego por extensión a este tipo de prueba, radica en que favorece otro sustento material a esta prueba: el vidrio espejado, con posibilidad de percibir e impugnar cómo se produce el testimonio, con el video y micrófono para grabar todo y luego valorarlo más allá del informe y/o testimonio del

Nos encontramos en un difícil equilibrio: no sería legítimo ni válido proteger un derecho afectando otro de igual rango constitucional.

psicólogo, hasta con las posibilidades de intervenir a partir del experto con el micrófono en la oreja por parte de los funcionarios judiciales y defensores a los que por ley se prohíbe poner en contacto con el niño para que no le afecten la psiquis. Todo ello implica ventajas, pero también tiene inconvenientes. Los que son acentuados por imponer ello como requisito, como elemento que las partes y jueces verán, a mi juicio equivocadamente, como determinante o no de la validez de la prueba de acuerdo a su presencia.

Todo ello tiene, en fin, diversas ventajas, pero sobre todo la de impedir que el niño vaya a la sala de audiencias, que se enfrente con la maquinaria judicial. De allí también la necesidad de que sea por única vez; de que sea parte de un régimen de prueba irreproducible, para evitar la revictimización y, como diría Rosanski, el "silenciamiento" del niño por no declarar libre y espontáneamente.

Los problemas de la declaración única en el sistema penal local

De allí también la necesidad de que sea por única vez; de que sea parte de un régimen de prueba irreproducible, para evitar la revictimización y, el "silenciamiento" del niño por no declarar libre y espontáneamente.

Pero también genera múltiples problemas. Uno de ellos se relaciona con el efectivo derecho de defensa, esto es, el real control sobre esa prueba en el momento en que se contacta, por única vez, el niño con el psicólogo. Y con ello, el discutible grado de verdad que tendrá lo que de allí surja. Ésta es la verdadera razón de la presencia del defensor. Más allá de lo que mencionaba anteriormente sobre la inutilidad de la presencia de un abogado que no tenga a quien defender. A veces, también equivocadamente, se cita al defensor cuando la prueba es irreproducible desde lo óntico (pericias sobre droga, reconocimiento, etc.) y el presunto responsable no se conoce o no es habido: allí tampoco tiene sentido citar a un defensor oficial, pues no representa un legitimador de la legalidad del acto –para eso están jueces y fiscales–; también en estos casos y si es ineludible producir la prueba, debe hacerse y luego dar cuenta de por qué no se vulneró la defensa, o, mejor, darle otra oportunidad para valorarla o producirla, o discutirla y ponerla en duda, etc. Intentar validarla desde el real reconocimiento de las posibilidades de defensa, y no con una presencia formal.

Nosotros, los defensores de oficio, tenemos un raro rol porque somos funcionarios públicos pero a la vez trabajamos, sola y exclusivamente, para nuestro defendido. Nosotros no trabajamos para el Estado, para las víctimas, para la sociedad: trabajamos para nuestro asistido. Generalmente, en contra de los intereses estatales representados por los otros actores. Y eso es parte de nuestra función pública, si no, estamos incumpliendo nuestro mandato público. Además, podría haber otros inconvenientes: supongamos que me designan a mí como defensor oficial, estoy presente y luego se presenta el imputado concreto y nombra su defensor particular. Éste debería decir "ese sujeto que según el juez valida el acto a mi defendido no lo representaba, no opuso tal o cual cuestión, no hizo tal pregunta". Diría que no se respetó su posibilidad de defensa, y tendría razón. Pero es probable que ningún juez se la dé, porque se quedaría tranquilo con el cumplimiento del requisito formal.

Los otros problemas se producen incluso cuando el imputado está individualizado y hasta presente. ¿Qué puede hacer el defensor contra una forma mecánica de interpretar y hacer la prueba? ¿Para qué ir a la cámara Gesell, si de esta forma sólo se convertirá en un testigo privilegiado de una prueba de cargo?

En la asunción de que se está produciendo una prueba de cargo puede estar una de las ideas que impidan esta interpretación inquisitiva, ritual, formalista, de las pruebas. Es cierto que resulta más cómodo resolver sobre la validez o no de una prueba si se dieron estos y aquellos elementos. Incluso, muchas veces los defensores hemos utilizado ese razonamiento para argumentar que tales pruebas no son válidas. Algo así como: "faltó tal firma, es nulo. Y si no se pueden hacer de vuelta, mala suerte, esta prueba no puede ser tomada en cuenta".

Tal interpretación formalista puede, así, alguna vez resultar ventajosa para la defensa. Pero en realidad es un inconveniente para ella, y también para el descubrimiento de la verdad, y hasta para la protección de los testigos y víctimas. Este último es un motivo, insisto, más que válido para limitar las posibilidades de confrontación de la defensa. Pero, así como existen ciertas limitaciones en otros casos también justificados, ello implicará algún efecto en la interpretación de la verdad de lo que allí se prueba.

Así como el imputado no tiene obligación de decir verdad, también hay testigos a los que alcanza ese permiso. Otros tienen la obligación de no declarar y otros pueden abstenerse. Todo ello es posible, pero luego influirá en la forma en que se interprete. Incluso existen legalmente casos en los que hay un especial tratamiento para el testigo, que también perjudica la posibilidad de la defensa de repreguntar.

Esta cuestión es muy delicada y ha dado lugar a fallos muy importantes, como por ejemplo "Benítez, Aníbal Leonel" de la Corte Suprema, que ya se ha citado también. Ese fallo pone en crisis el supuesto de incorporación por lectura de testimonios previsto en el artículo 391, CPPN, precisamente por afectar el derecho de la defensa a interrogar a los testigos de cargo. Ha sido un avance, pues el tipo de razonamiento de los jueces de la Corte jerarquiza el efectivo derecho del acusado a defenderse.

Pero no siempre es ése un valor prevaleciente. Hay otras testimoniales en que el propio Código Procesal Penal indica que pueden ser consideradas, aun si se efectuaron sin esta posibilidad de confrontación: si fallece el testigo tras haber declarado ante la policía o ante el juez de instrucción sin la presencia de ningún defensor. Esto después se introducirá por lectura y habrá defensores que digan que no puede siquiera ser considerada o que debe valorarse de otra manera. Se debería producir el debate sobre la forma de valorar ello, pero lo cierto es que no sucede así. Los que consideran que se puede introducir, que son casi todos, tomarán la declaración como verdadera al cien por cien.

Casos más injustificables, para mí, también vulneran esa posibilidad de confrontar la prueba por la defensa. La prueba de la que hablamos se incorpora a los casos en que hay un especial tratamiento para los testigos. Pero los supuestos originarios no tenían en cuenta derechos humanos sino brindar privilegios a quienes ostentan determinados cargos (se suele decir que es para no entorpecer esas altas funciones), como presidente de la Nación, vicepresidente, ministros y legisladores nacionales y provinciales, gobernadores, vicegobernadores, miembros del Poder Judicial nacional y provincial, diplomáticos, militares de alto rango, curas, rectores de las universidades. Son muchas las personas que no tienen obligación de ir a declarar y que pueden hacerlo por escrito o pedir que se apersona el juez en su lugar de trabajo. En estos casos, no habría posibilidad de confrontación. Y me parece más grave porque no le encuentro justificación y veo allí una rémora del sistema escrito.

Tal interpretación formalista puede, así, alguna vez resultar ventajosa para la defensa. Pero en realidad es un inconveniente para ella, y también para el descubrimiento de la verdad, y hasta para la protección de los testigos y víctimas.

Creo que en el sistema acusatorio las pruebas deberían ser realizadas en la audiencia, y allí intentar utilizarlas como cargo (o descargo). El problema surge por la idea de que es el juez el que reúne las pruebas, y no aquellos que quieren convencerlo de una u otra cosa. Esto no es consecuencia del principio de investigación estatal de la verdad, que refleja el interés público en esa verdad, pues ello se mantiene con una investigación y una obligación de probar la hipótesis acusatoria como carga del Fiscal, que es el representante del Estado. No, en nuestro sistema la carga parece ser para los particulares y para los jueces.

Muchos de los problemas que hemos ido señalando se podrían solucionar con una reforma procesal más extensa y que aproximase aún más nuestros sistemas a uno de tipo acusatorio.

De ahí que existan tantas regulaciones y formalidades. Esa institucionalización, esa solidificación de situaciones que implica toda regulación, termina en una interpretación perversa del real contenido de las garantías, además de convertirse en un obstáculo para averiguar la verdad, y en un incordio para este tipo de víctimas y para todas las víctimas. Es algo que proviene de la denominada "prueba tasada", que a su vez proviene de la cultura inquisitiva de nuestra justicia penal. En estos sistemas la ley es la que determina no sólo la validez sino también la verdad de lo que intentan demostrar. Por tal motivo, se requieren dos testigos hábiles para validar la declaración de ese testigo único, pero si los hay, no existe modo de desmentirlos. Y otras reglamentaciones.

Formalmente este sistema de prueba se derogó a partir de las revoluciones liberales, pero culturalmente continúa en la justicia penal. Téngase en cuenta que esto llevaba a la implementación de métodos diabólicos en contra del acusado (Langbein dice que es esto lo que llevó a la imposición de la tortura para lograr confesiones) y de perjuicio para los testigos.

Por ello se reemplazó por el sistema de libertad de prueba, y por la interpretación de ésta con esa sana crítica racional de la que hablaba el Dr. Rozanski, o libre convicción. Esto significa que cualquier medio es bueno para probar cualquier hecho, en sede penal. Y que, más allá de las prohibiciones (vinculadas a la prohibición de autoincriminación, pero con un sustento final de impedir violencia o coacción o una mayor afectación al individuo, lo que implicaría también algo al respecto del supuesto que nos convoca) no resultaría necesario regular esos medios, pues luego el juzgador les dará su valor y explicará por qué lo hizo.

La sana crítica racional es más cercana al modelo acusatorio, más cercana al modelo de juicio por jurados.

Esto, en todo caso, debería remitir a un tribunal efectivamente imparcial, integrado no por juristas, que por su deformación profesional tienden a recurrir a estándares y no a valorar lo que sí se produjo delante de ellos, sino por personas que puedan lograr convencerse o no por la argumentación del fiscal o por la argumentación de la defensa en este caso concreto, y con las pruebas que ellos produjeron y presentaron.

Retomo entonces el tema de la "titularidad" de la prueba. Muchos de los problemas que hemos ido señalando se podrían solucionar con una reforma procesal más extensa y que aproximase aún más nuestros sistemas a uno de tipo acusatorio, o a lo que en las realidades históricas sucede en los sistemas anglosajones. Allí el acusador debe procurar sus pruebas y exponerlas ante el juzgador que nada sabe antes de esto. La misma posibilidad tiene la defensa. Allí no existe la comunidad de prueba, aunque es posible que una y otra parte se dediquen a reducir la credibilidad de la prueba de la otra parte. Ninguno puede obligar a nadie a declarar, y son las partes las que protegen los intereses, por ejemplo, evitando que comparezca ante el tribunal la persona a la que esto pueda afectar en su psiquis o salud.

Por su parte, los sistemas anglosajones advierten las problemáticas denunciadas en estos casos. Saben que el interrogatorio de la defensa puede ser agresivo o provocar problemas al testigo (en nuestros sistemas también lo son el fiscal y los jueces, pues todos pueden preguntar y ninguno se hace cargo del interés del niño o niña víctima y, por ello, testigo). En los Estados Unidos, por ejemplo, el defensor intentará dejar la duda sobre el testimonio, dar cuenta de que miente, hasta destrozar al testigo para defender su interés. El fiscal, por lo tanto, debe tener en cuenta esto y proteger a la víctima. Para ello, puede resultar conveniente que no declare, y tratar de demostrar convincentemente lo que dijo con medios que remiten al que aquí está "legalizado" (grabaciones o filmaciones, que impiden el examen cruzado pero tienen menor valor probatorio, o declaraciones de aquellos profesionales que son testigos de lo que el niño les dijo y a su vez pueden evaluar cómo y por qué lo dijo –y no importa a este efecto si es una prueba testimonial o pericial, lo que importa es si convence o no al juzgador–, y estos sí expuestos a las preguntas del defensor, etc.).

Y, en algún caso, pueden decidir, el fiscal y el testigo-víctima, con sus parientes, con quienes lo protegen, qué resulta más conveniente declarar, y será posible hacerlo (en nuestro caso esto no parece posible), tal vez para demostrar más acabadamente el hecho y lograr la condena, pero también como una suerte de catarsis, de respetar el derecho a hablar. Justamente ello se veía cercenado antes con la imposición de modelos judiciales que revictimizaban a estas personas, pero con la nueva forma del artículo en cuestión la víctima no puede, ni aunque quiera, enfrentar a su victimario, dar su versión a los juzgadores y ante el público. Se pasa de una a otra mirada paternalista, y ambas impiden al niño hablar. En fin, creo que esta decisión no debería presumirse por ley sino que habría que atenerse al caso concreto, a las decisiones de las víctimas y, estratégicamente dentro del proceso, a la de los acusadores.

Me parece que en el proceso penal no es incorrecto dejar a criterio de la propia víctima la decisión sobre declarar y de qué forma, y del fiscal la manera de usar o no esa declaración. Debería de ser obligación del fiscal el defender el interés del menor.

5. A modo de conclusión

El sistema anglosajón tiene sus enormes falencias y aspectos criticables (la pena de muerte, en los Estados Unidos, es de los peores), pero tiene éste y otros temas que pueden permitirnos reflexionar más libremente sobre la producción y valoración de pruebas en hechos tan lamentables como los que nos traen a debatir aquí.

El penalista norteamericano, a mi juicio, más brillante, George Fletcher, ha escrito un libro precisamente llamado *Las víctimas ante el jurado* donde reflexiona sobre las víctimas en general y se pregunta sobre la forma de protegerlas, qué hacer para que no se sientan defraudadas, además de revictimizadas. Y todo ello sin afectar el derecho de la defensa, que para nuestra cultura siempre es la variable a reducir, como si se tratase de un "juego de suma cero". Propone, finalmente, una especie de "cesura del juicio". Pero no la del tipo que popularizó Julio Maier, sino otra en la cual se sentencia, en primer lugar, que la víctima sufrió realmente, que sufrió injustamente, que lo apoyamos y protegeremos, como sociedad y como Estado, a partir de ahora. Y luego, que se diga si es posible establecer que tal otra persona fue el victimario, si las pruebas alcanzan o son válidas para demostrar esa autoría, si a pesar de ello resulta justo o conveniente imponerle pena.

Es una manera imaginativa de proteger a las víctimas.

Pero me parece que en el proceso penal no es incorrecto dejar a criterio de la propia víctima la decisión sobre declarar y de qué forma, y del fiscal la manera de usar o no esa declaración. Debería de ser obligación del fiscal el defender el interés del menor.

Digo con esto que puede recurrir al método de "la cámara Gesell", pero también a otra forma en la cual haya una sola, o tres o cuatro entrevistas previas –esto sin necesidad de que se entere el juez, ni que tenga que valorar cómo se hizo esto, si hay libre acuerdo de la víctima– y que estos peritos psicólogos, o aquel que al fiscal le parezca mejor, luego sí se citen en juicio y declaren como testigos. Como testigos de cargo. A éstos sí se les avisa que van a ser interrogados, que deberán decir la verdad, y que incluso van a ser sometidos a interrogatorios duros, si se quiere, por parte de la defensa. Y así, que sean ellos los que "sufran" esa situación. No someter al menor a una prueba directa. El menor, así, no tendría que ir a ningún tipo de dependencia judicial, ni siquiera a la cámara Gesell, con un juez, con un fiscal y un defensor. Esto en el sistema de prueba estadounidense no es necesario. Pero sí cabe presentar ante el juez pruebas que despejen toda duda razonable sobre la realización del hecho por parte de tal persona que es acusada. Quizás en algún caso, pero no siempre, puede ser más convincente que si se presente en juicio el niño víctima. Eso debería de ir evaluándolo el que defiende el interés del menor.

El mayor respeto posible a la voluntad de los individuos debería guiar el accionar del sistema de justicia, sobremanera en casos en que han sido victimizados y se debe evitar lastimarlos más.

Ahora bien, ¿quién es el que defiende el interés del menor? Más allá de sus afectos y los servicios médicos y sociales, en lo que hace al proceso concreto, creo que debe ser su abogado, el fiscal si es un sistema de acción pública como en la Argentina y como en los Estados Unidos. Para el caso en que a aquél le interese más el descubrimiento de la verdad y la imposición de un castigo que la protección del niño, sería razonable que hubiese una amplia reforma por la cual ni el fiscal, ni el defensor –ni mucho menos el juez– tengan una potestad para obligar a presentarse en el juicio. Las partes tendrán un papel más activo para preparar su caso, y harán lo que puedan para conseguir sus pruebas y sus testigos. De cargo o de descargo. Estos testigos serán, en la audiencia, sometidos al control de la otra parte. Me parece una solución, en este caso, que no puedan obligar al menor ni a sus padres o tutores a ir a juicio. Y aquellos que comparezcan, deben decir la verdad (incluso bajo juramento –alguna vez Maier propuso no tomarles el juramento, pero ese tipo de formalidades rituales sí me parece útil). Pero antes, se debe respetar la voluntad de los individuos, no maltratarlos o, por cuidarlos, impedir que decidan.

El paternalismo y el autoritarismo suelen ir de la mano. El mayor respeto posible a la voluntad de los individuos debería guiar el accionar del sistema de justicia, sobremanera en casos en que han sido victimizados y se debe evitar lastimarlos más.

Es necesario que los operadores del sistema lo comprendan, por una cuestión vinculada no ya con lo normativo y los dilemas técnicos sino con el sentido común. Ciertamente, el sentido común no es *común*, no es natural, no es innato. Tiene que educarse, tiene que adquirir cierta sensibilidad a partir del conocimiento y la reflexión. Esa sensibilidad tiene que ser construida en nosotros mismos en tanto individuos, y por eso para mí es importante participar de los congresos, jornadas, seminarios donde se compartan las inquietudes como el que convocó a los autores de la presente publicación.

Para concluir, señalaré algo primordial que destacan los juristas de los Estados Unidos (especialmente Fletcher): la importancia de dar la voz. De ello, y de la mejor forma de hacerlo, también hemos estado discutiendo. Sobre la necesidad de ello para descubrir la verdad, y en esto pensamos en cómo hacerlo afectando al testigo de la menor forma posible. Pero también para que se sienta un sujeto, un sujeto respetado, que tiene voz.

Hablo de una forma más general del testimonio, de la idea del testimonio. No se sabe muy bien cuál es el origen de esta palabra, pero estimo que puede provenir de una conjunción de *testis*, cabeza, y *monéo*, recordar. En castellano, al que lo hace se le llama "testigo" (en otras len-

guas latinas se parecen más las palabras que designan al declarante y a lo declarado). En todo caso, testigo nos remite también a la palabra "mártir", que viene del latín eclesiástico *martyr*, que a su vez viene del griego *martyros* y significa "testigo", "aquel que da la voz". Esto es especialmente importante en materia de niños, de jóvenes. Porque la palabra "infancia", a su vez, viene de *infans*, que significa "el que no habla", "el que no tiene voz". El niño, especialmente para la tradición jurídica que recibe los más crueles elementos de la dominación patriarcal, fue aquel que no tiene voz, quien no importa lo que tenga para decir. Esto debe cambiarse, y creo que se está cambiando últimamente en los distintos aspectos de lo jurídico. De hecho, al pensar sobre ello se originó la reforma que introduce el método probatorio sobre el que hoy discutimos. Por eso, y para eso, me parece especialmente importante que compliquemos aún más las cosas, que reflexionemos seriamente sobre la finalidad última de intentar darle la voz a los niños en general, y en especial a aquellos a los que se ha lastimado y se silencia.

El niño, especialmente para la tradición jurídica que recibe los más crueles elementos de la dominación patriarcal, fue aquel que no tiene voz, quien no importa lo que tenga para decir. Esto debe cambiarse, y creo que se está cambiando últimamente en los distintos aspectos de lo jurídico.