

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS/AS VÍCTIMAS

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
VÍCTIMAS O TESTIGOS
DE DELITOS O VIOLENCIA



JUFESUS

ADC / Asociación por los
Derechos Civiles

unicef 

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS/AS VÍCTIMAS

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
VÍCTIMAS O TESTIGOS
DE DELITOS O VIOLENCIA



JUFEJUS

ADC / Asociación por los
Derechos Civiles

unicef 

ADC

Asociación por los Derechos Civiles

Director Ejecutivo: Álvaro Herrero

Responsables Técnicos: Mariano Nino (Coordinador del Proyecto), Mercedes López Flamengo y Sabrina Viola (Asistentes de Coordinación del Proyecto)

JUFEJUS

**Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia
de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Presidente: Rafael Francisco Gutiérrez

Secretaria General: Cristina González

UNICEF

Representante: Andrés Franco

Representante Adjunto: Ennio Cufino

Responsables técnicas: Gimol Pinto (Especialista en Protección), Romina Pzellinsky (Consultora)

Edición: Marina Fucito

Diseño y diagramación: Alejandro Jobad

ÍNDICE

5. Prólogo
7. Introducción normativa: "Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino"
Diego Freedman y Martiniano Terragni
19. **CAPÍTULO 1**
Estándares de derechos humanos para la protección de niños víctimas y testigos en sede judicial
21. "El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado"
Mary Beloff
31. "Estándares internacionales de derechos humanos para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial"
Zulita Fellini
47. **CAPÍTULO 2**
Representación procesal de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial
49. "El rol de las organizaciones de la sociedad civil en la protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. El caso de CASACIDN como querellante en la causa contra Grassi"
Nora Schulman
55. "La capacidad progresiva. El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos"
Nelly Minyersky
71. "Representación procesal de niños, niñas y adolescentes de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial"
Carolina Paladini
81. **CAPÍTULO 3**
Experiencias internacionales en el uso de las nuevas tecnologías al servicio de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos en la justicia
83. "El uso de asistencias testimoniales en tribunales adaptados a los niños: la experiencia canadiense"
Paul Reinhardt
113. "Menores victimizadas y proceso penal: Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de la STEDH, caso "S.N.C. Suecia", del 2 de julio de 2002
Javier Hernández García
125. "Protección de los derechos de niños y adolescentes víctimas de violencia sexual infantil. El caso del distrito judicial de Lima Norte"
Miguel Ángel Gonzales Barbadillo
131. **CAPÍTULO 4**
El tratamiento judicial a niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos: el rol de los distintos especialistas y la protección de derechos
133. "Tratamiento de niños en sede judicial"
Eva Giberti
141. "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial"
Virginia Berlinerblau
157. "La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil"
Carlos Rozanski

163. CAPÍTULO 5

Validez de los medios probatorios obtenidos mediante videograbación en la toma de declaraciones a niños y niñas

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

Fernando Díaz Cantón

183. "Cuando los niños tienen la palabra. A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado"

Julio César Castro

199. "Una visión crítica sobre la excesiva regulación de la producción y valoración de las pruebas"

Gabriel Ignacio Anitua

211. CAPÍTULO 6

Experiencias locales sobre la utilización de tecnología para la toma de declaraciones: cámara Gesell, salas acondicionadas y videograbación

213. "Experiencias en el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro. Acerca de la utilización de tecnología para la toma de declaraciones a menores víctimas o testigos en ilícitos penales a través de la cámara Gesell"

Fernando Sánchez Freytes

217. "Abordaje psicológico forense de niños/as y adolescentes en cámara Gesell y salas acondicionadas"

Norma Griselda Miotto

225. "Niños, niñas y adolescentes. Escuchar o silenciar"

Mariela A. González de Vicié

233. "Niños y niñas víctimas y testigos: Utilización de la tecnología. Cuestión de justicia y derechos"

María A. Fontemachi

243. BIBLIOGRAFÍA

PRÓLOGO

La ratificación por parte del Estado argentino de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño y los avances legislativos producidos tanto a nivel nacional como local en materia de infancia y adolescencia, han generado la necesidad de adoptar políticas tendientes a satisfacer y hacer efectivos los derechos y garantías allí reconocidos.

En los casos de niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos contra la integridad sexual o violencia intrafamiliar, sus declaraciones constituyen una prueba fundamental para la investigación judicial debido a que, en su gran mayoría, estos hechos se producen en ámbitos privados donde suelen ser escasos los medios de prueba disponibles. Así, resulta imperiosa la aplicación de medidas tendientes a evitar la revictimización provocada por las múltiples declaraciones que deben prestar durante el proceso judicial, sin que se vean reducidas las posibilidades de resolución de los casos y aplicación de una sanción si correspondiere, ni se vea menoscabado el derecho de defensa del imputado y el debido proceso.

En este contexto, UNICEF, la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciamos a mediados de 2008 el Proyecto "Protección de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes testigos o víctimas de delitos o violencia intrafamiliar en el ámbito judicial", mediante el cual, entre otras cosas, se entregó un equipo de grabación y circuito cerrado de televisión a cada provincia y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tenemos la convicción de que su utilización apropiada resulta un avance fundamental para el cumplimiento de los estándares internacionales aplicables, garantizando así la protección jurisdiccional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la referida condición.

Para alcanzar ese objetivo, se realizó un trabajo integral que complementó la provisión de los equipos a lo largo de todo el proyecto. Hubo actividades tendientes a la visualización de la problemática y la identificación de los beneficios resultantes de una adecuada aplicación de la tecnología, junto con encuentros de capacitación jurídica y psicológica. Por último, también se mantuvieron contactos periódicos y se realizaron visitas de asesoramiento y monitoreo.

En este marco, el 23 y 24 de abril de 2009 se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el Seminario "Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos: protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías", a los fines de generar un ámbito de encuentro y debate que involucre a los distintos actores relacionados con la declaración de los niños, niñas y adolescentes.

El acto de apertura estuvo a cargo del Dr. Ennio Cufino –representante adjunto de UNICEF–, la Dra. Ana María Conde –representante de JUFEJUS– y el Dr. Álvaro Herrero –Director Ejecutivo de ADC–; y contó con las palabras de miembros de los organismos auspiciantes: la Dra. Elena Inés Highton de Nolasco –Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, la Dra. Stella Maris Martínez –Defensora General de la Nación–, la Dra. Mary Beloff –Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación–, el Dr. Gabriel Lerner, Subsecretario de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. También auspició el Seminario la Facultad de Derecho de la Universidad de la Buenos Aires.

El seminario se desarrolló con distintas dinámicas de participación incluyendo paneles expositivos, mesas redondas y talleres de trabajo. Se abordaron los estándares de protección en el ámbito judicial de los niños, niñas y adolescentes desde la óptica de los derechos humanos, la representación procesal específica de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos, los elementos a tener en cuenta para asegurar la validez de los medios probatorios obtenidos mediante el sistema de grabación y circuito cerrado de televisión, el rol y las habilidades específicas requeridas para llevar a cabo las entrevistas a niños y el repaso de algunas experiencias locales e internacionales en el uso de la tecnología en beneficio de la protección de derechos.

Acudieron al seminario miembros de los poderes judiciales y distintos actores vinculados a la temática de todo el país y contó con la participación de especialistas nacionales e internacionales, cuyos trabajos especialmente preparados –o las transcripciones adaptadas de sus exposiciones– se recopilan en esta publicación.

Aquí se encontrarán centralizadas las voces de reconocida trayectoria académica y amplia experiencia práctica en la temática, buscando generar una herramienta más que contribuya a jerarquizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos, a la vez que fomentar la disminución de su revictimización en el ámbito judicial.

Rafael Francisco Gutiérrez
Presidente de JUFEJUS

Álvaro Herrero
Director Ejecutivo de ADC

Andrés Franco
Representante de UNICEF
en Argentina

INTRODUCCIÓN NORMATIVA



Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino

Diego Freedman¹ y Martiniano Terragni²

1. Introducción

De acuerdo con la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante CDN), los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) son titulares no sólo de los derechos que les corresponden a todas las personas, sino también de derechos específicos por su circunstancia de sujetos en crecimiento.

Este desarrollo normativo en materia de derechos de los NNA fue incorporado al derecho interno a partir de la ratificación de la CDN por la ley 23.849, y consolidado mediante su elevación a rango constitucional con la reforma constitucional del año 1994.

En la práctica, estos cambios en los estándares se aplican con diferentes matices a los NNA en conflicto con la ley penal. Sin embargo, la situación de aquellos NNA involucrados en procesos judiciales en calidad de víctimas y testigos de delitos no ha mejorado en función de los avances, toda vez que la especialización del sistema penal refiere únicamente a los NNA imputados de delitos. En tal sentido existe una vasta jurisprudencia que evidencia la situación.

Con el objeto de intentar paliar las condiciones de insuficiencia de protección legal que afecta a los NNA víctimas y testigos, se originaron diferentes reformas en el derecho internacional, luego incorporadas en el derecho interno, como legislación o jurisprudencia. Pretendemos, entonces, reseñar los principales avances a lo largo de las siguientes páginas.

2. Las normas internacionales de protección de derechos del niño, niña o adolescente víctima de delito

En materia de derechos humanos, los NNA integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer momento en el que se hizo especial mención fue en la Declaración de Ginebra en 1924, al reconocer que la humanidad debe darle al NNA lo mejor, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia³.

1. Abogado (especialidad en derecho penal y derecho tributario, UBA). Es docente del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la comisión de "Penal Juvenil". Es docente del Departamento de Derecho Penal de la UBA, de la Universidad de San Andrés, de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad de La Plata y de la Maestría en Criminología de la UCES. Se desempeña como consultor de UNICEF Argentina.

2. Abogado. Ex docente del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a cargo de la comisión "Penal Juvenil". Es docente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA en el equipo docente de la Prof. Mary Beloff.

3 Adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia.

Durante el siglo XX se produjeron numerosos instrumentos internacionales donde se trataron distintos derechos y su vinculación con los NNA. Entre ellos, los más significativos: la Declaración de los Derechos del Niño (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como Reglas de Beijing– (1985); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad –conocidas como Reglas de Tokio– (1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil –conocidas como Directrices de Riad– (1990).

En todo el mundo se considera a los NNA como las personas más vulnerables en relación con las violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica.

Dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es preciso considerar también a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como "Protocolo de San Salvador")⁴.

A continuación, se detallarán los instrumentos internacionales más importantes a tener en cuenta en todo procedimiento donde se investigue un delito que tuviera a un NNA como víctima o testigo.

2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño

La Constitución Nacional otorga rango constitucional a algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra la CDN⁵, que entró en vigor rápidamente y que es, a su vez, el tratado más ratificado de la historia de los tratados de derechos humanos. Tal vez se deba a que en todo el mundo se considera a los NNA como las personas más vulnerables en relación con las violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica⁶.

Por otro lado y específicamente respecto de los NNA víctimas o testigos de delitos, la CDN establece diversos mecanismos de protección especial de sus derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos⁷. También especifica la obligación general de los Estados Partes de tomar medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" (art. 4º) para asegurar la plena vigencia de sus derechos y la obligación de prestar la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del NNA (art. 18) y el derecho del NNA a un nivel de vida adecuado (art. 27). Por ende, este derecho implica una serie de conductas activas por parte de las autoridades públicas⁸.

4 Suscripto por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador (17/11/88), en vigencia a partir de noviembre de 1999. Ver en particular los arts. 13, 15 y 16.

5 LA CDN fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989 (resolución A/RES/44/XXV) y se encuentra en vigencia para el derecho internacional a partir del 2/9/1990. Se puede establecer como su antecedente directo la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 /11/1959 (resolución A/RES/1386/XIV).

6 Así lo expresa Mary BELOFF en "Un modelo para armar y otro para desarmar! Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular", *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2004, págs. 1-45.

7 Art. 19 de la CDN: "1. Los Estados Parte 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!"

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002) ha señalado que: "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 padres (...) 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. En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño" (párrafos 90 y 91).

Al seguir esta línea, el art. 19 de la CDN debe interpretarse como la obligación del Estado de proteger a los NNA víctimas de malos tratos y abuso sexual e investigar a los autores de tales delitos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño recomienda "que los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme al art. 39 de la Convención, y para evitar que las víctimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas"⁹.

También el Comité de los Derechos del Niño, al dar su postura sobre cómo articular este derecho con otros regulados en la CDN, como el derecho a ser criado por su familia, ha considerado que "Si bien todas las notificaciones de violencia hacia los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de los niños contra daños importantes, el objetivo (de los mecanismos de notificación y remisión de denuncias por agresión) debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes mediante intervenciones de apoyo y educativas, no punitivas"¹⁰.

Por otro lado, en el art. 34 de la CDN se establece que los Estados deben proteger a los NNA de la explotación y el abuso sexual¹¹, y de modo complementario en el art. 39 se dispone que deben promoverse medidas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social del NNA que fue víctima de delitos o del abandono¹².

Cabe remarcar que, ya sea respecto de NNA en conflicto con la ley penal o víctimas y testigos de delitos, el art. 12 de la CDN es central al reconocerles el derecho a ser oído en todo proceso judicial o administrativo¹³. De modo que una interpretación dinámica del art. 12 de la CDN ha llevado a consolidar una postura jurisprudencial por la cual los NNA víctimas pueden constituirse por su propio derecho como parte querellante en los procesos donde se investigan los delitos en los que se vieron involucrados. De esta manera se priorizó el derecho del NNA de defender sus intereses ante la Justicia.

Los NNA víctimas pueden constituirse por su propio derecho como parte querellante en los procesos donde se investigan los delitos en los que se vieron involucrados. De esta manera se priorizó el derecho del NNA de defender sus intereses ante la Justicia.

9 HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, comentario al art. 19, pág. 281.

10 Observación General N° 8 (2006), *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (art. 19, párrafo 2° del art. 28 y art. 37, entre otros) de 21-8-2006, párrafo 40.

11 Art. 34 de la CDN: "Los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

12 Art. 39 de la CDN: "Los Estados Parte 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, explotación o abuso; tortura 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".

13 Art. 12 de la CDN: 1. "Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Al iniciar este camino, el fallo "S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante" de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal¹⁴, ha sido considerado como un importante avance según calificada doctrina al conseguir "romper ese círculo vicioso y analizar el caso conforme las normas generales –y especiales– que rigen la materia procesal penal en nuestro ámbito jurídico. Los jueces no cayeron en la trampa de la especialidad (que puede resumirse en: para reconocer tu singularidad y protegerte te trato como un objeto, como un incapaz sin derechos); sino que consideraron la especialidad como una protección adicional, más allá de las protecciones legales generales a las que todas las personas tienen derecho por su condición de tales. Los jueces parten de la norma general que, en principio, le vedaría a la víctima menor de edad el derecho de constituirse en querellante, para luego ingresar al terreno de la especialidad (nótese cómo se invierte el razonamiento tutelar), que autorizaría una protección 'específica', un plus de protección"¹⁵.

El derecho de ser oído no implica sólo ser formalmente escuchado, sino también a tener conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer prueba de cargo y estar presente como acusador privado en las audiencias.

Así, el derecho de ser oído no implica sólo ser formalmente escuchado, sino también a tener conocimiento del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer prueba de cargo y estar presente como acusador privado en las audiencias. En esta inteligencia, las normas sobre la capacidad procesal y la representación legal ineludiblemente se armonizan y adecúan a la nueva configuración de nuestro ordenamiento jurídico, compatibilizándose con los lineamientos de la CDN en este caso.

En definitiva, con la incorporación de la CDN al derecho interno argentino nació la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella (art. 4º). Si bien su incorporación con jerarquía constitucional es trascendental, ello sólo no alcanza si el objetivo radica en lograr el pleno reconocimiento y respeto efectivo de los derechos de todos los NNA víctimas o testigos de delitos. Por ello, se torna indispensable modificar las legislaciones y las prácticas vigentes en materia de infancia que constituyan un obstáculo para la implementación y adecuación sustancial a la CDN.

La CDN se complementa con el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, instrumento internacional ratificado en nuestro país mediante la ley 25.763¹⁶. El protocolo protege a los NNA de la venta, de la explotación sexual y la pornografía infantil, al obligar a los Estados a adoptar medidas para criminalizar la venta de NNA con fines de su explotación sexual; el lucro mediante sus órganos; el trabajo forzoso y la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil (art. 3º).

14 En el precedente de mención se ha considerado que: "Si bien asiste razón al magistrado instructor, en cuanto a que al ser L. P. S. menor de edad le estaría, en principio, vedada la posibilidad de constituirse en parte querellante, debiendo asumir tal rol su representante legal (art. 82, 2º párrafo de CPPN), deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias del caso, en cuanto a que la menor se encuentra en una situación de precariedad, y que, según ha denunciado, habría sido víctima también de graves delitos cometidos por su padre y su madre. Por otra parte, debe destacarse que el progenitor de la damnificada fue imputado en las presentes actuaciones y que el Sr. fiscal, en su dictamen solicitó que se librara orden de detención en su contra a fin de que se le recibiera declaración indagatoria, circunstancia que torna técnicamente incompatible la posibilidad de que asuma el rol de querellante. Tampoco consta en las actuaciones que exista otra persona vinculada a ella que se encuentre en condiciones de legitimar sus intereses en esta sede (...) De esta forma, queda claro que no existe virtualmente representación legal a la que acudir. Negar su requerimiento de ingresar al proceso constituye un exceso que debe ser resuelto por vía de excepción (...) Debe acudirse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inc. 22 de la CN, que otorga a los menores –a criterio de esta Sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (Artículo 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infra-constitucional (en este caso el artículo 82 del CPPN), restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, "S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante", del 18/03/04).

Este proceso de reconocimiento de derechos de los NNA se reafirmó después en distintos precedentes (entre otros, Juzgado Nacional de Instrucción Nº 12, Secretaría Nº 137 de la Capital Federal, causa 15.839/07, "M. J. A. /J. L. K. s/ violación", rta. el 22/06/07; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, causa 32.760, "O. C. s/ recurso de queja", rta. el 25/09/07; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 36.063, "B., P. s/corrupción de menor", del 7/11/08).

15 BELOFF, Mary, "El sujeto de derecho como sujeto procesal: menores de edad como querellantes. Comentario a la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el Expediente Nro. 22.475", Suplemento de Derecho Penal de la Revista Jurisprudencia Argentina, LexisNexis, Buenos Aires, septiembre de 2004.

16 Promulgada el 22 de agosto de 2003.

Respecto de los NNA víctimas de estos hechos, se obliga a los Estados a informarles sus derechos, prestarles asistencia, considerar sus opiniones, proteger su intimidad e identidad, velar por su seguridad y evitar toda demora innecesaria en los trámites judiciales. Además, se requiere que el personal que intervenga esté debidamente formado en la problemática (art. 8º). Como medidas más generales, se deben además desarrollar programas de educación e información, publicitar las medidas de protección y prevención de estos delitos, con el objetivo de sensibilizar al público en general. Asimismo, se establece que los NNA víctimas deben contar con toda la asistencia apropiada para garantizar su derecho a la salud y contar con procedimientos adecuados para obtener una reparación por los daños sufridos¹⁷.

2.2. Otros instrumentos internacionales referidos a la materia

En principio, vale señalar que en ocasiones la comunidad internacional plasma su voluntad en documentos no convencionales –denominados reglas mínimas, principios básicos, directrices, recomendaciones o códigos de conducta–, que sin generar por sí solos responsabilidad internacional para el Estado en caso de incumplimiento, interpretan tratados o explicitan el contenido de los derechos protegidos en instrumentos internacionales, plasmando principios internacionales de derechos humanos, los cuales bajo ciertas condiciones se transforman en derecho consuetudinario y, por lo tanto, en derecho vigente.

Como se expuso anteriormente, a partir de la reforma constitucional del año 1994, junto con la jerarquización de los tratados de derechos humanos por vía del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, se incorporaron también a nuestro ordenamiento nuevos principios de interpretación en esta materia. Así, merece especial consideración la doctrina sostenida uniformemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del *leading case* "Girolidi", donde la Corte falló que: "... la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana..."¹⁸.

Se establece que los NNA víctimas deben contar con toda la asistencia apropiada para garantizar su derecho a la salud y contar con procedimientos adecuados para obtener una reparación por los daños sufridos.

17 Art. 9: 1. "Los Estados Parte adoptarán o reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes, las medidas administrativas, las políticas y los programas sociales, destinados a la prevención de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Se prestará particular atención a la protección de los niños que sean especialmente vulnerables a esas prácticas. 2. Los Estados Parte promoverán la sensibilización del público en general, incluidos los niños, mediante la información por todos los medios apropiados y la educación y adiestramiento acerca de las medidas preventivas y los efectos perjudiciales de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Al cumplir las obligaciones que les impone este artículo, los Estados Parte alentarán la participación de la comunidad y, en particular, de los niños y de los niños víctimas, en tales programas de información, educación y adiestramiento, incluso en el plano internacional. 3. Los Estados Parte tomarán todas las medidas posibles con el fin de asegurar toda la asistencia apropiada a las víctimas de esos delitos, así como su plena reintegración social y su plena recuperación física y psicológica. 4. Los Estados Parte asegurarán que todos los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener sin discriminación de las personas legalmente responsables, reparación por los daños sufridos. 5. Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para prohibir efectivamente la producción y publicación de material en que se haga publicidad a los delitos enunciados en el presente Protocolo".

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos: 318:514, considerando 11.

Nos encontramos frente a una serie de normas que resultan vinculantes para los Estados cuando las incorporan a su ordenamiento, en tanto forman un corpus iuris, y que los órganos de aplicación no podrían ignorarlas sin incurrir en una responsabilidad internacional.

Por otra parte, interesa aquí mencionar el concepto de *corpus iuris* de los derechos humanos, conformado por numerosos instrumentos internacionales: declaraciones universales, tratados universales y regionales e instrumentos sobre derechos humanos dedicados a los derechos de determinados sectores de la sociedad humana. Tal expresión representa un lúcido aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) a la doctrina internacional¹⁹.

La CIDH no los menciona como fuente de obligaciones para el Estado, pero sí se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de los deberes estatales. Confirma ello que el *corpus iuris* de los derechos de los NNA está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa, como pautas interpretativa de la CDN, conforme lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁰.

Se concluye entonces que nos encontramos frente a una serie de normas que resultan vinculantes para los Estados cuando las incorporan a su ordenamiento, en tanto forman un corpus iuris, y que los órganos de aplicación no podrían ignorarlas sin incurrir en una responsabilidad internacional.

En materia de infancia, los instrumentos internacionales más destacados con estas características son²¹:

- *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*²²

Si bien son normas que en general regulan la actuación de la Justicia de menores en relación con los NNA infractores, ciertos dispositivos son aplicables también a las víctimas. Así, la Regla 18.2 establece que ningún NNA puede ser sustraído total o parcialmente de la supervisión de sus padres a menos que las circunstancias del caso lo hagan necesario, por ejemplo en casos de abusos de menores²³.

- *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*²⁴

Con relación a la legitimidad de la intervención estatal respecto de los NNA víctimas de delitos, establece que sólo debe recluírselos como último recurso y por el período mínimo necesario. Las situaciones en que se justifica son: "a) cuando el niño o joven haya sufrido lesiones

19 La CIDH manifestó que "El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)", (Opinión Consultiva 16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, del 1/10/99, párrafo 115). Esta Opinión también se apoya en instrumentos universales de carácter no contractual, que son numerosos y se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas, declaraciones, principios básicos, reglas mínimas, recomendaciones y directrices. Por otro lado, este mismo principio ha sido reafirmado por la CIDH en sentencias y opiniones más recientes.

En su sentencia del caso conocido como "los Niños de la Calle" manifestó además la CIDH que "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana" (CIDH, Caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafo 194). Además, la sentencia también alude a dos instrumentos universales no contractuales, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad.

20 La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue ratificada por la Argentina en el año 1972 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Sobre la cuestión, ver sus arts. 31, inc. 3c y 43.

21 Este documento pretende ser sólo un resumen indicativo de las normas aplicables, por lo tanto no se incluye cada uno de los instrumentos internacionales en su totalidad.

22 Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33 con fecha de adopción el 29/11/85.

23 Relevante es el comentario a la norma en cuanto "hace referencia a la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es 'el elemento natural y fundamental de la sociedad'. Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida (por ejemplo, el abuso de menores)".

24 Proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 con fecha de adopción el 14/12/90.

físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución" (Directriz 46).

- *Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos*²⁵

Más allá de la aplicación normativa concreta de estas Directrices es destacable que la jurisprudencia argentina ha avanzado en igual sentido con una clara intuición de los jueces respecto de los estándares internacionales aplicables.

Dispone así la Directriz 23 que: "Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones".

Nuestra jurisprudencia ha resuelto en forma coincidente que: "El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testificar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior"²⁶.

De manera complementaria, y sobre el rol de los equipos técnicos, establece la Directriz 31 que los profesionales deberán aplicar medidas para limitar el número de entrevistas, velar para que el presunto autor del hecho delictivo no interrogue a los niños y, por tanto, asegurar que el interrogatorio se lleve a cabo en forma adecuada.

En la misma línea de razonamiento, se resolvió en nuestra jurisprudencia que "Considerando el amplio marco jurídico tendiente a la protección del menor en nuestro país –especialmente por las previsiones en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– resulta irrazonable una nueva convocatoria de un menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando calificados profesionales en el área terapéutica aconsejan la no realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle a su paciente, más aún cuando el menor ya depuso testimonialmente en tres oportunidades, debiendo buscarse las posibles contradicciones en los testimonios que el niño prestó, en las constancias de la causa. (...) Es de destacar que el presente proceso lleva más de siete años de duración, en el cual se dictaron sucesivamente procesamientos, sobreseimientos y declaraciones de falta de mérito, por lo que corresponde recomendar a los señores magistrados intervinientes, teniendo siempre presente el interés superior del niño, la pronta solución de estas actuaciones, sin que tal afirmación signifique un adelanto de opinión sobre el futuro desenlace de estos actuados"²⁷.

Más allá de la aplicación normativa concreta de estas Directrices es destacable que la jurisprudencia argentina ha avanzado en igual sentido con una clara intuición de los jueces respecto de los estándares internacionales aplicables.

25 Aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 de 22/07/05 e incluidas como Anexo III.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por B. N. (querrelante) en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto –causa 42.394/96–" del 27/06/02.

27 Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, causa 2681, "N., B. s/ recurso de casación" del 21/11/02.

Sobre la cuestión de la presencia del imputado durante la audiencia de juicio –y con víctimas menores de edad– resolvió la jurisprudencia que "...una interpretación razonable de la normativa adjetiva vigente, no excluye la posibilidad de que el imputado pudiera ser privado de presenciar la audiencia, la que podría llevarse a cabo aun sin su presencia física, sin que se afecte el derecho de defensa (arts. 18, CN y 14 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...). Así, el alejamiento del imputado puede resultar legítimo siempre que la medida aparezca como una restricción absolutamente necesaria e indispensable para evitar el menoscabo de otros intereses tan dignos de protección como las propias garantías del imputado (...) la decisión del tribunal oral resultó justificada al amparar los superiores intereses del niño, con el fin de garantizar que la menor víctima –hija del encausado– pueda expresarse libremente, sin ser revictimizada (...). Ante dos derechos en pugna como son los intereses del niño, por un lado y el derecho del encartado de estar presente durante la audiencia, por el otro, los derechos de aquél pueden bajo determinadas circunstancias prevalecer, por respeto a las estipulaciones de la Convención de los Derechos del Niño"²⁸.

Respecto de los NNA víctimas de delitos, existen además de las generales de protección de derechos, normas específicas que regulan sus derechos en el marco de un proceso penal (por ejemplo, los arts. 250 bis y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

Sobre el tratamiento que el sistema de justicia debe dar a los NNA víctimas de delitos, establece además este instrumento internacional que:

- 1) Los niños deben ser tratados con tacto y sensibilidad "tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral"²⁹. Este trato debe responder a sus "propias necesidades, deseos y sentimientos personales"³⁰.
- 2) La injerencia en la vida privada del niño deberá limitarse al mínimo necesario³¹, así como su aparición en público³².
- 3) A fin de evitar mayores sufrimientos, "las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor"³³. Sobre esta última cuestión la jurisprudencia nacional resolvió que el juez no debe realizar la entrevista sino las personas especializadas en el tratamiento de NNA con el objeto de evitar su revictimización. Pero esto no supone vulnerar la garantía del juez natural, ya que éste sigue controlando el proceso de interrogatorio, mediante la utilización de la cámara Gesell³⁴. Más allá del criterio jurisprudencial que ha avalado la toma de la declaración de los NNA víctimas con la utilización de la "cámara Gesell" o dispositivos similares, sería además aconsejable avanzar en las posibilidad de que este tipo de acto procesal sea considerado como una prueba irreproducible (con las garantías legales para el imputado resguardadas adecuadamente), evitándose de ese modo la reiteración de la declaración. Debe garantizarse también, ya en otro plano, la continuidad en la intervención de los profesionales³⁵.

28 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P. 87.654, "G., J. A., recurso de casación" del 1/11/06.

29 Directriz 10.

30 Directriz 11.

31 Directriz 12.

32 Directriz 28. Puede apreciarse que en los ordenamientos procesales penales hay limitaciones precisas al acceso del público a las audiencias de juicio cuando se juzga una agresión sexual, máxime cuando los niños son las víctimas. Sería además recomendable que esta especial protección se extendiese a otros delitos de los cuales resultaren víctimas menores de edad.

33 Directriz 13. Además, según la directriz 30, los profesionales que intervengan deben a) Prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño; b) Proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en las vistas y juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso; c) Garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados; d) 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 audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

34 Así se ha dicho que "En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo lo que se evita es la revictimización del niño ante el interrogatorio de sujetos que por no haber sido formados en la materia provoquen un nuevo perjuicio (...) No se vulnera la garantía de juez natural, ya que sigue controlando el interrogatorio por interpositas personas. Este procedimiento especial, que torna efectivo el cumplimiento del Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no vulnera el derecho de defensa en juicio, ya que tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto desde el exterior del recinto denominado 'cámara Gesell', inclusive las partes pueden controlar la prueba al sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 27.178, "S., M." del 12/10/05). Se trata de un recinto creado por el psicólogo estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los menores.

35 Directriz 30.

- 4) Los NNA y sus padres, tutores o representantes deben ser informados debidamente y con prontitud de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, de los procedimientos aplicables y sus pasos más importantes, de los derechos de los NNA, de los mecanismos para revisar las decisiones, de la disposición de medidas de protección y los mecanismos de apoyo³⁶. Aparte, se les debe dar información sobre la evolución de la causa y las oportunidades para obtener la reparación³⁷.
- 5) Finalmente, la investigación debe desarrollarse de manera expedita³⁸.

3. Las normas locales

Respecto de los NNA víctimas de delitos, existen además de las generales de protección de derechos, normas específicas que regulan sus derechos en el marco de un proceso penal (por ejemplo, los arts. 250 bis y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

3.1. Normas nacionales de protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos³⁹

3.1.1. Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los NNA que se encuentren en el territorio de la República Argentina, a fin de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte (art. 1°). Reafirma además la aplicación obligatoria de la CDN en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad (art. 2°).

Reafirmando lo sostenido en la CDN, define al interés superior del NNA como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida"⁴⁰.

Respecto de los NNA víctimas de delitos, existen además de las generales de protección de derechos, normas específicas que regulan sus derechos en el marco de un proceso penal (por ejemplo, los arts. 250 bis y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

36 Directriz 19.

37 Directriz 20.

38 Directriz 30.

39 Sancionada el 28/09/05, promulgada de hecho el 21/10/05 y publicada en BO el 26/10/05.

40 Se entiende por centro de vida el lugar donde los NNA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

En relación con los derechos reconocidos pueden citarse diversos dispositivos normativos que reconocen la protección contra el trato violento, discriminatorio, humillante y la prohibición de que el NNA sea explotado económicamente, torturado o abusado; el derecho a la integridad física, sexual, psíquica y moral⁴¹, el derecho a la vida privada y a la intimidad⁴², que incluye la prohibición de difundir la imagen y datos del NNA contra su voluntad y la de sus padres⁴³ y el derecho a la salud, que implica ciertos deberes de protección y de desarrollo de políticas activas⁴⁴.

Por ende son bastante amplias las normas locales destinadas a proteger los derechos de los NNA, incluso a los que fueron víctimas de delitos. Como surge de la reseña, se protege su derecho a la intimidad y a la salud, en un sentido amplio.

La ley 25.852 ha modificado el modo de tomar las declaraciones de los NNA víctimas de delitos contra la integridad sexual implementando la "cámara Gesell" y dispositivos similares

Asimismo, se garantiza el derecho del NNA a participar en el procedimiento –lo que incluye, entendemos, la posibilidad de constituirse como parte querellante o particular damnificado–⁴⁵. Este derecho comprende: ser oído ante la autoridad competente; considerar la opinión del NNA al momento de arribar a una decisión que lo afecte; ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo (en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocinara); participar activamente en todo el procedimiento; recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

3.1.2. Normas procedimentales

La ley 25.852 ha modificado en la Justicia Nacional con sede en la Capital Federal y en la Justicia Federal del resto del país el modo de tomar las declaraciones de los NNA víctimas de delitos contra la integridad sexual implementando la "cámara Gesell" y dispositivos similares⁴⁶. Cabe notar además que varias jurisdicciones provinciales han dictado normas en el mismo sentido y también las prácticas forenses han contribuido a que, aun sin la norma procesal concreta, utilizando directamente las previsiones de la CDN se crearan mecanismos de protección especial para estas víctimas.

Esta ley introdujo al Código Procesal Penal de la Nación el art. 250 bis que dispone: "Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba;

41 Art. 9.

42 Art. 10.

43 Art. 22.

44 Art. 14: "Los Organismos del Estado deben garantizar: a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad; b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración; c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia; d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social. Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

45 Art. 27.

46 Sancionada el 4/12/03 y promulgada el 6/01/04.

d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado".

También se estipula un sistema de protección para los NNA de 16 a 18 años en el incorporado art. 250 ter del CPPN: "Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis".

Un extenso debate merecieron en la jurisprudencia estas normas, saldándose a favor de su constitucionalidad con argumentos diversos. Así se resolvió que: "El artículo 250 bis del CPPN aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita es, justamente, revictimizar al niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como los jueces o los empleados de un tribunal, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio (...) tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto denominado 'cámara Gesell', ello sin perjuicio de que antes de comenzar con la entrevista, 'el tribunal hará saber al profesional a cargo (...) las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto' (...). Es decir que en todo momento, las partes pueden ejercer su derecho de controlar la prueba, pudiendo, inclusive, sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio, debiendo el juez resolver los conflictos que se puedan suscitar dejando constancia de ello en el acta"⁴⁷.

Más recientemente, se concluyó respecto de la controversia de si los citados dispositivos procesales regulan una pericia o una declaración testimonial, que «cabe puntualizar que esta Sala del Tribunal ha sostenido, aunque con otra composición, que "los artículos 250 bis y ter que incorporó al Código Procesal Penal la ley 25.852 fueron incluidos en el capítulo atinente a los 'Testigos' y no al siguiente vinculado a los 'Peritos' y como emerge de la primera de las normas, se pretende evitar la interrogación directa del tribunal o las partes en los casos de menores que han sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual, para hacerlo a través de facultativos especializados" (causa n° 26.128, "L., R. A.", del 30 marzo de 2005)⁴⁸.

Lo que se evita es, justamente, revictimizar al niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como los jueces o los empleados de un tribunal, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio.

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 24.987, "B., R. A. s/ inconstitucionalidad del 250 bis del C.P.P.N.", del 28/12/04. También, entre muchos otros, se ha resuelto que "El derecho a interrogar no se limita a 'hacer preguntas', sino a cuestionar la veracidad de sus dichos, analizar sus motivaciones, su memoria; su credibilidad en suma, en caso contrario se trataría de letra muerta. Esto también hace al debido proceso ya que contribuye en gran medida a averiguar la verdad, que es objeto último del proceso (...). El Artículo 250 bis del CPPN, limitado a los menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales, establece un procedimiento particular de interrogatorio en el que no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud mental y un gabinete especial. La defensa se garantiza mediante el interrogatorio que, en la etapa instructoria, bien puede ser realizado a través del juez, fiscal o, en los casos previstos por el Artículo 250 bis de un profesional actuante" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa 32.906, "Incidente de Inconstitucionalidad promovido por el Dr. Pablo Noceti" del 29/12/05).

48 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, causa n° 36.280. "S., R. s/ procesamiento. Abuso sexual.", del 27/03/09. Con anterioridad y en igual sentido, "los informes previstos por el art. 250 [ter] del C.P.P.N. no revisten la calidad de peritaje y, en consecuencia, no resulta aplicable la normativa que [se] regula estrictamente para la prueba de peritos", (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV causa n° 27.777, "R. D., S.", del 25/10/05).

Es posible observar en nuestro país un proceso histórico reciente que resultó en un notorio avance en el reconocimiento de los derechos de NNA víctimas de delitos, ya sea mediante reformas legislativas o prácticas judiciales, formuladas desde el respeto también al derecho de defensa en juicio de los imputados.

La Procuración General de la Nación (en adelante PGN) también ha dictado instrucciones generales⁴⁹ a fin de orientar la labor de los fiscales cuando de NNA víctimas o testigos de delitos se trate. En tal sentido, ordenó a los fiscales a tomar una serie de recaudos en los casos que tienen a NNA en esta condición, entre los cuales se encuentra dar intervención a la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito de esa institución (OFAVI) o solicitarlo al juzgado interviniente en las causas no delegadas; disponer las medidas necesarias para evitar la multiplicidad de relatos, con participación de peritos expertos en problemática infantil del sexo contrario, utilizar la cámara Gesell y la filmación por video-tape –en los casos en los que esto fuera posible–, pedir a la citada oficina que se expida sobre la conveniencia de hacer declarar al NNA cuando éste es menor de siete años de edad, tomar las medidas necesarias para evitar que el NNA declare en sede judicial⁵⁰.

Con relación a la celebración de acuerdos de "juicio abreviado" que tuvieran como víctimas a personas menores de edad, la PGN resolvió disponer que los fiscales arbitren los medios necesarios para otorgarle a la víctima de delitos sexuales o de violencia intrafamiliar y a sus representantes legales la oportunidad de ser escuchados previo a concretar el acuerdo con el imputado y su defensor⁵¹.

Además, la PGN ha dictado la resolución PGN 8/09, por la cual se dispuso que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del art. 250 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación se realice la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto. De este modo, se lo considera un acto definitivo e irreproducible, evitándose la reiteración de la declaración del NNA y la afectación del derecho de defensa. Asimismo, se complementa esta disposición con el deber de notificar al imputado y a su defensor de todo peritaje a un NNA víctima de un delito contra su integridad sexual⁵².

Finalmente, la resolución PGN 59/09 del Ministerio Público Fiscal establece que todas las víctimas o testigos menores de 18 años de edad involucrados en los procesos penales deberán declarar en una "cámara Gesell". De este modo se amplían los supuestos previstos expresamente en la ley procesal, que se limitan a las víctimas de los delitos contra la integridad sexual y a las lesiones y sólo resulta obligatorio respecto de los NNA menores de 16 años de edad. Esta resolución mantiene los estándares previstos en la citada resolución 8/09, al disponer también que la declaración debe ser filmada y notificado el presunto autor del delito y su defensor o el defensor público oficial cuando no existiera aún en la causa judicial un imputado identificado⁵³.

4. A modo de conclusión

Es posible observar en nuestro país un proceso histórico reciente que resultó en un notorio avance en el reconocimiento de los derechos de NNA víctimas de delitos, ya sea mediante reformas legislativas o prácticas judiciales, formuladas desde el respeto también al derecho de defensa en juicio de los imputados.

Es esperable que este proceso se expanda de modo definitivo con normas que extiendan la protección especial reconocida a los NNA, particularmente en el aspecto procesal, y con una jurisprudencia que recoja de modo más concreto y operativo los precisos estándares internacionales aplicables en la materia.

49 Art. 33, inc. d) de la ley 24.946.
50 Resolución PGN 22/99.
51 Resolución PGN 90/99.
52 Resolución PGN 22/99.
53 Resolución PGN 90/99.



CAPÍTULO

UNO

ESTÁNDARES DE
DERECHOS HUMANOS
PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS
VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN SEDE JUDICIAL

EL MENOR DE EDAD VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL:

garantías procesales y deberes
de prestación positiva del Estado*

Mary Beloff¹

1. Quiero comenzar esta breve exposición con un comentario sobre las colegas, cuyas presentaciones integran también el presente capítulo. Ello así porque, en los inicios de mi carrera, ambas –en contextos diferentes– me enseñaron dos cuestiones que aún hoy guían mis reflexiones y por las que les estoy agradecida.

Me refiero, por un lado, al problema de la confusión entre el derecho penal y la política social o, en otras palabras, la utilización del derecho penal como política social focalizada, cuestión sobre la que indagó durante mucho tiempo la Dra. Fellini; por el otro, a la crítica fuerte al argumento de que el precio que tenían que pagar los menores de edad para que se respetaran sus garantías procesales era ingresarlos al derecho penal o, más claramente, reducir la edad de imputabilidad. Marisa Graham objetó ese razonamiento desde los inicios en los que fue planteado en la Argentina. Eso ocurrió hace muchos años cuando yo estaba frente a –podría decirse– “un obstáculo epistemológico”, es decir, tenía una mirada algo ingenua respecto de la relación entre la ley penal y su capacidad para incidir en la generación de un mundo mejor, de menor violencia. Veinte años después la experiencia latinoamericana revela que ella estaba en lo cierto².

2. Uno de los objetivos de esta publicación consistía en que presentara los estándares internacionales referidos a la protección de los menores víctimas de delitos; en otras palabras, cuáles son las reglas que rigen la cuestión de los menores víctimas de delitos en los ámbitos regional y universal de protección de derechos humanos.

Sin embargo, en general, los profesionales del ámbito conocen o bien están informados sobre la existencia y el contenido de esas normas; además, existen otras publicaciones donde se detallan exhaustivamente las normas internacionales³.

De todos modos, considero necesario referirme a algunas normas muy específicas con la

2 Aludo al proceso de reformas legales latinoamericanas centrado en la represión penal a los menores en nombre de sus garantías procesales y sus derechos humanos. El argumento esgrimido consiste en que es preciso reducir la edad penal (esto es, la edad de ingreso al sistema penal) para que los menores de edad puedan disfrutar de sus derechos y garantías penales y no a la inversa: hay que dar garantías porque los menores están en un sistema penal en sentido material. ¿Podría haber un derecho penal sin garantías? A poco que se analiza el argumento es claramente difícil de sostener. No “es preciso” reducir la edad penal para que existan garantías sino a la inversa: porque alguien se encuentra en un proceso judicial penal es titular de derechos y garantías.

3 Véase, por ejemplo, *Derechos de niñas, niños, adolescentes y mujeres. Compendio legislativo nacional e internacional para la protección de sus derechos*, Buenos Aires, UNICEF, 2010.

* Este trabajo está dedicado a la memoria de Luis Paoloni, funcionario, esposo, padre y colega ejemplar, para quien el acceso a la justicia de los más desaventajados no fue una cuestión retórica y trabajó toda su vida para concretarlo.

Agradezco a Martiniano Terragni tanto su paciente lectura del texto cuanto sus generosos comentarios y aportes de jurisprudencia emblemática de los temas tratados.

Exposición en el Panel I del mismo nombre en el Seminario: *Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos: protección de sus derechos y uso de nuevas tecnologías* organizado los días 23 y 24 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

intención de dejar en claro que, a diferencia de otras cuestiones, el plano legal y la incorporación de estándares internacionales sí están resueltos en la Argentina. Por supuesto, existen matices y discusiones respecto de los alcances de las normas o disposiciones que no son lo suficientemente claras pero, en líneas generales, es posible concluir que en la Argentina, tanto en las diferentes jurisdicciones como a nivel federal existe un entramado normativo complejo que reconoce una cantidad de derechos a las víctimas de delitos menores de edad.

En la Argentina, tanto en las diferentes jurisdicciones como a nivel federal existe un entramado normativo complejo que reconoce una cantidad de derechos a las víctimas de delitos menores de edad.

3. Este panorama normativo tiene algo de novedad pero no tanto por razones vinculadas con la cuestión específica de la protección especial a los niños y niñas sino por las transformaciones de las que es objeto desde hace dos décadas la justicia penal argentina, la cual –de forma lenta, con cimbronazos y retrocesos en muchos casos evitables– intenta adquirir características de modernidad y compatibilidad con los compromisos internacionales que el país ha asumido.

Me refiero concretamente a las dificultades de superar los modelos inquisitivos clásicos en los que la víctima (menor o mayor) no tenía ninguna participación, con la aprobación de leyes y sistemas a medio camino –conocidos como sistemas inquisitivos reformados– que son los que rigen en casi la mitad de las jurisdicciones y se caracterizan por mantener un rol debilitado de la víctima. Esas dificultades se expresan en la imposibilidad de implementar definitivamente modelos adversariales en los cuales la víctima tiene un protagonismo fundamental para un mayor y mejor reconocimiento de sus derechos de acuerdo con las exigencias constitucionales⁴.

A pesar de las dificultades es indudable que, respecto del tema en análisis, la justicia penal se ha transformado en un buen número de jurisdicciones en la medida en que éstas incorporaron tratados de derechos humanos y los comenzaron a aplicar directamente en los casos sometidos a estudio y juzgamiento en el sentido de permitir una mayor presencia de la víctima en el proceso.

A la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio se suma la idea de que los niños tienen derecho a una protección especial.

4. A la incorporación de la víctima como actor procesal con visibilidad relativa (ciertamente mayor que la que tenía en el sistema inquisitivo clásico) y con la posibilidad de accionar autónomamente en un juicio –escenario que presenta a una víctima con derechos reafirmados– se suma la idea de que los niños (esto es, los menores de dieciocho años de edad de acuerdo con el art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño) tienen derecho a una protección especial (art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En un caso paradigmático de esta confluencia de garantías de los menores de edad y de las víctimas de igual condición, que permitió superar las restricciones de la normativa procesal mediante la aplicación directa de normas internacionales, la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dispuso lo siguiente: "Si bien asiste razón al magistrado instructor, en cuanto a que al ser L. P. S. menor de edad le estaría, en

4 Podrían analizarse una cantidad de conflictos derivados del reconocimiento constitucional (a partir de la incorporación de diversos tratados de derechos humanos) tanto de los derechos de las víctimas cuanto de los imputados de delitos, pero no es la oportunidad para hacerlo. Varios trabajos de esta publicación contemplan y profundizan en las tensiones normativas.

principio, vedada la posibilidad de constituirse en parte querellante, debiendo asumir tal rol su representante legal (art. 82, 2° párrafo de CPPN), deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias del caso, en cuanto a que la menor se encuentra en una situación de precariedad, y que, según ha denunciado, habría sido víctima también de graves delitos cometidos por su padre y su madre. Por otra parte, debe destacarse que el progenitor de la damnificada fue imputado en las presentes actuaciones y que el Sr. fiscal, en su dictamen, solicitó que se librara orden de detención en su contra a fin de que se le recibiera declaración indagatoria, circunstancia que toma técnicamente incompatible la posibilidad de que asuma el rol de querellante. Tampoco consta en las actuaciones que exista otra persona vinculada a ella que se encuentre en condiciones de legitimar sus intereses en esta sede (...). Debe acudirse a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el artículo 75, inc. 22 de la CN, que otorga a los menores –a criterio de esta Sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (Artículo 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infra-constitucional (en este caso el artículo 82 del CPPN) restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención”⁵.

De modo que, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña. Esa doble protección especial es reconocida –con diferentes matices– en gran parte de las jurisdicciones de este país e incluso en el ámbito federal.

En este sentido vale recordar que aún con anterioridad a que las normas procesales especiales de protección de la declaración de las víctimas menores de edad se incorporaran formalmente a la justicia penal⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había iniciado el camino de reconocimiento efectivo de derechos en un caso en el que no se hizo lugar a la undécima convocatoria a prestar declaración testimonial de una niña con este argumento que equiparó la decisión a definitiva: “El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior”⁷.

Conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña.

5. a) En lo que sigue me interesa concentrarme en un aspecto del entramado normativo que ampara al niño víctima de delito relacionado con el hecho de que en todas las normas internacionales –no sólo en las normas referidas a la niñez– de protección de derechos humanos, se regula el debido proceso legal para cualquier persona que está vinculada a un procedimiento o proceso (administrativo, penal, y aún en procesos en donde la acción es privada, etc.); vale reiterarlo, no sólo respecto del imputado de delito. Ejemplo de lo expuesto son el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

5 Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa 22.475, “S., L. P. s/ denegatoria de ser tenida por parte querellante”, resuelta el 18/03/04.

6 Cfr. Ley n° 25.852 que incorpora los artículos 250 bis y ter del Código Procesal Penal de la Nación.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto -causa N 42.394/96-” resuelta el 27/6/02 y publicada en *Fallos* 325:1549.

Ello, no obstante una reforma relativamente reciente al art. 175 del Código Procesal Penal de la Nación cuya motivación o racionalidad no resultan del todo claras, impide que el denunciante se exprese verbalmente al formular la denuncia ante el Ministerio Público, ya que ahora se requiere que sea presentada por escrito. Más allá de la comodidad para el operador de que le entreguen por escrito la denuncia y –en otro sentido–, más allá de la certeza para la víctima de los alcances de su presentación al formalizarla, no parece de modo alguno que la reforma aporte a un mayor y mejor acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Si uno piensa que la mayor parte de las denuncias, por la propia selectividad del sistema penal, de los imputados y también de las víctimas, se relaciona con personas que por su condición social o eventualmente –en el tema en análisis, además, por su edad– no les resulta fácil redactar una denuncia, la reforma del proceso penal en el sentido indicado impide que la mayoría de las víctimas en situación de vulnerabilidad puedan concretar el relato del drama que han pasado frente a una autoridad del Ministerio Público Fiscal. Esto representa claramente un retroceso al desconocerse principios elementales de derecho internacional que están reconocidos para las víctimas de manera expresa, tales como un abierto, amplio, completo y fácil acceso a la justicia⁸.

El núcleo duro de la protección legal es el art. 18 de la Constitución que alude al modo en que deben tratarse las personas involucradas en un proceso. Los tratados internacionales agregan matices, complementan, desarrollan ese núcleo básico pero sin agregar sustancialmente nada nuevo.

En la República Argentina, además, dicha reforma afecta los principios de no regresividad y de progresividad en la medida en que el amplio derecho de acceso a la justicia de las víctimas ya estaba reconocido en el derecho argentino al permitirse en la versión anterior del artículo que la víctima pudiera ser escuchada en su denuncia. Ahora se le dice que no se la "escucha" más y que la denuncia la tiene que presentar por escrito. Mucho mayor, como se señaló, es la contrariedad con las normas mencionadas cuando se trata de víctimas menores de edad, por la doble protección que éstas poseen.

Pero con independencia de algunas de las situaciones que ocurren –entre otros motivos– debido al desorden de la producción legislativa, en lo que se refiere a estándares de mayor intensidad normativa como los internacionales, la protección legal a la víctima de delitos menor de edad es completa y precisa.

b) Por otro lado, todo el derecho internacional de los derechos humanos puede leerse en el derecho interno argentino como un desarrollo del debido proceso legal, por lo que cualquier afectación de esas claras disposiciones de derecho internacional va directamente en contra del art. 18 de la Constitución Nacional. No hay mucho más en las normas internacionales. El núcleo duro de la protección legal es el art. 18 de la Constitución que alude al modo en que deben tratarse las personas involucradas en un proceso. Los tratados internacionales agregan matices, complementan, desarrollan ese núcleo básico pero sin agregar sustancialmente nada nuevo.

8 Sobre la cuestión, ver la Directriz 10 de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* –aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005–: "Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral." En esas Directrices se destaca además que los niños deberán ser tratados como personas con sus propias necesidades, deseos y sentimientos personales (Directriz 11); que todas las interacciones descritas en las mismas Directrices deberán realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad (Directriz 14); que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitirse la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, mediante ayudas para prestar testimonio o la utilización de expertos en psicología (Directriz 31.c); y que debe velarse porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas (Directriz 31.b).

Debe recordarse, asimismo, que el debido proceso legal del derecho anglosajón equivale en el ámbito del derecho continental al derecho de defensa en juicio. En la actualidad –y respecto del tema en análisis– este intenso derecho de defensa está en una gran tensión normativa con un igualmente fuerte derecho a la protección legal de la víctima que se encuentra en un proceso penal⁹. La tensión entre derecho del imputado y derecho de la víctima se refleja en todo lo relacionado con el debido proceso legal: derecho a ser oído, a contar con asistencia legal, a que las medidas adoptadas puedan ser recurridas, al principio del contradictorio, etc. Gran parte de las garantías reconocidas al imputado pueden derivarse también de los tratados internacionales para las víctimas de los delitos como parte de su derecho a acceder a la justicia pronta y expedita y a una reparación adecuada.

En el caso de una víctima menor de edad –tal como se dijo– esa protección legal procesal se encuentra reforzada porque los menores de edad en el derecho internacional tienen una protección adicional¹⁰. Por ello, cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. Tal es el caso de la discusión de la validez de las declaraciones producidas mediante la utilización de la cámara Gesell objeto de esta publicación¹¹. Como es sabido, se ha justificado la declaración de nulidades sobre la base de la falta de participación y control suficiente de estas declaraciones por parte de la defensa, nulidades que en algunos casos han implicado un reenvío del asunto para un nuevo juicio (con evidentes consecuencias de una re-victimización sin fin) o bien directamente el dictado de una absolución o un sobreseimiento en hechos gravísimos que tienen por víctimas a menores de edad que habían sufrido agresiones sexuales¹².

De manera que en el punto de la tensión entre los derechos del imputado, basados en su mayor debilidad durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño víctima¹³. La solución más frecuente de los tribunales para resolver la tensión entre imputado y víctima a favor del derecho del imputado no parece surgir claramente en el caso de menores víctimas de los tratados de derechos humanos.

Cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. Tal es el caso de la discusión de la validez de las declaraciones producidas mediante la utilización de la cámara Gesell.

9 "Vale apuntar sobre si esa obligación en términos procesales debe traducirse en la notificación a la defensa del imputado de la realización de la entrevista con la víctima menor de edad, a fin de evitar, paradójicamente, la repetición de tal acto procesal" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, causa n° 35.084, "P, J. I., s/ violación de menor de 13 años. Nulidad.", del 2/09/08).

10 Respecto de lo dispuesto en la Directriz 31.a de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* en cuanto a los procedimientos especiales aplicados para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de limitar y reducir el número de entrevistas, por ejemplo, al utilizar grabaciones de video, falló la jurisprudencia que: "El art. 250 bis del CPPN aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita es, justamente, revictimizar al niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como los jueces o empleados de un tribunal, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio (...) tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto denominado 'cámara Gesell', ello sin perjuicio de que antes de comenzar con la entrevista, 'el tribunal hará saber al profesional a cargo (...) las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto' (...). Es decir, que en todo momento, las partes pueden ejercer su derecho de controlar la prueba, pudiendo, inclusive, sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio, debiendo el juez resolver los conflictos que se puedan suscitar dejando constancia de ello en el acta" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa n° 24.987, "B, R. A. s/ inconstitucionalidad del 250 bis del C.P.P.N.", resuelta el 28/12/04). De modo similar la Directriz 23 de las mencionadas *Directrices* regula que debe hacerse todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo de modo de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.

11 "El derecho a interrogar no se limita a 'hacer preguntas', sino a cuestionar la veracidad de sus dichos, analizar sus motivaciones, su memoria; su credibilidad en suma, en caso contrario se trataría de letra muerta. Esto también hace al debido proceso ya que contribuye en gran medida a averiguar la verdad, que es objeto último del proceso (...) El art. 250 bis del CPPN, limitado a los menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales, establece un procedimiento particular de interrogatorio en el que no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud mental y un gabinete especial. La defensa se garantiza mediante el interrogatorio que, en la etapa instructoria, bien puede ser realizado a través del juez, fiscal o, en los casos previstos por el art. 250 bis de un profesional actuante", (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 32.906, "Incidente de Inconstitucionalidad promovido por el Dr. Pablo Noceti", del 29/12/05).

12 Cfr., entre otros, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 8.548, "B. C., G. s/ recurso de casación", resuelta el 9/5/09. Es interesante repasar las razones tenidas en cuenta para realizar el juicio de reenvío a un nuevo tribunal oral para realizar una nueva audiencia de debate: "(...) en cuanto a que la posible reedición del interrogatorio provocaría la revictimización de las menores, debe tenerse en cuenta que se realizan con una profesional psicóloga, y que por sus edades actuales –conservando buena memoria de los episodios que relatan– mayor angustia podría provocarles la impunidad de su supuesto victimario, por razones meramente formales." (del voto de los Dres. Mitchell y Fégoli).

13 Respecto de la presencia del imputado durante la audiencia de juicio se resolvió que "(...) una interpretación razonable de la normativa adjetiva vigente no excluye la posibilidad de que el imputado pudiera ser privado de presenciar la audiencia, la que podría llevarse a cabo aun sin su presencia física, sin que se afecte el derecho de defensa [arts. 18, CN y 14 d] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...). Así, el alejamiento del imputado puede resultar legítimo siempre que la medida aparezca como una restricción absolutamente necesaria e indispensable para evitar el menoscabo de otros intereses tan dignos de protección como las propias garantías del imputado (...) la decisión del tribunal oral resultó justificada al amparar los superiores intereses del niño, con el fin de garantizar que la menor víctima –hija del encausado– pueda expresarse libremente, sin ser revictimizada (...) Ante dos derechos en pugna como son los intereses del niño, por un lado y el derecho del encartado de estar presente durante la audiencia, por el otro, los derechos de aquél pueden bajo determinadas circunstancias prevalecer, por respeto a las estipulaciones de la Convención de los Derechos del Niño", (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P. 87.654, "G., J. A., recurso de casación" del 1/11/06).

La cuestión parece más sencilla cuando el imputado y la víctima son adultos. Pero en el caso de una víctima menor de edad, el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional. En este punto la tensión normativa se complejiza y ello exige elaborar nuevos argumentos¹⁴. Es claro que si se suman normas de protección y principios de protección a la niñez –en particular uno muy problemático pero que en este punto resulta crítico como lo es el interés superior del niño–, la balanza parece inclinarse a favor de la víctima menor de edad¹⁵.

6. Para concluir esta extensa introducción al tema del capítulo y recordadas las garantías procesales con todas las tensiones normativas que la jurisprudencia tendrá que resolver con inteligencia, mesura y sentido de justicia, existe un elemento adicional importante: en todas las normas vinculadas con protección a la niñez y en particular a la niñez víctima (como en todas las normas internacionales de protección a la víctima) un componente central se refiere a los deberes de prestación positiva del Estado respecto de una víctima de un delito y, una vez más, intensificado si se trata de una víctima menor de edad.

En el caso de una víctima menor de edad, el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional.

Este tema no aparece en las discusiones ni en los seminarios. La víctima desapareció, dejó de ser un tema en las agendas públicas de los últimos veinte años, curiosamente en la época de la introducción de los tratados de derechos humanos en América Latina y de las reformas penales. Si se repasan las discusiones que tuvieron lugar en los diferentes países relacionadas por ejemplo con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño, el debate principal se centró en la cuestión del adolescente perpetrador de crímenes; no en el menor víctima de delitos.

Por razones que no han sido suficientemente estudiadas, el tema del niño víctima de delito dejó de existir en las agendas públicas latinoamericanas, sólo para reaparecer de manera reciente en particular relacionado con el tema de tráfico y trata de personas.

¿Cómo es posible esta *des-tematización*, si se me permite la expresión? ¿Qué proceso simbólico o cultural ocurrió en el continente que determinó que quien fuera objeto de preocupación importante por parte del tutelarismo clásico en su mejor concepción –las víctimas de los delitos– y aún asumidos todos los abusos que también en nombre de su protección se cometían, haya desaparecido del tema de los derechos humanos de los niños?

Lo más extraño es que todas las normas internacionales de derechos humanos y de derechos de niños recogen, tal como se indicó anteriormente, los derechos de las víctimas y de los niños víctimas de delitos en sentido fuerte. ¿Cómo entender entonces que las reformas orientadas a la introducción de estas reglas internacionales en el derecho doméstico soslayaran o bien ignoraran por completo la cuestión? Un reflejo de lo expuesto es la falta de especialistas en el tema. Se ha dejado de estudiar, de problematizar a la víctima de delitos.

14 Si bien excede el objeto de este trabajo, no puedo dejar de mencionar la incipiente jurisprudencia que convalida una condena por una agresión sexual sin la escucha forense de la víctima menor de edad. Es en un caso en el cual la defensa se agravó porque su defendido fue condenado sin que la damnificada se hubiera presentado a declarar ni fuera sometida a la entrevista oportunamente requerida, sin que existieran testigos presenciales del hecho y con apoyo, únicamente, en las declaraciones de sus progenitores y de su terapeuta. La Cámara Nacional de Casación Penal, al convalidar la sentencia condenatoria, sostuvo que si bien la menor víctima del abuso que se investigó no declaró en el debate, tales extremos pudieron ser acreditados por otros carriles: "(...) cuando, como en la especie, puede recrearse lo ocurrido a través de distintos cauces probatorios; el pronosticado daño que le podría causar el hecho de concurrir a declarar, y cuanto dispone la Convención Sobre Los Derechos del Niño en su art. 18 respecto de la tutela del interés superior del niño; fueron sin duda las circunstancias por las que el tribunal a quo prescindió correctamente de la convocatoria reclamada por la defensa.", (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 9.263, "V. M., L. s/ recurso de casación", del 11/08/08).

15 Por ejemplo, al establecerse una medida cautelar de prohibición de acercamiento del imputado con procesamiento confirmado por la Cámara de Apelaciones por una agresión sexual a un niño (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 37.750, "N. B., C. S. s/ prohibición de acercamiento", del 4/08/09).

Una vez superada la cuestión procesal legalmente nítida (razón por la cual allí donde las garantías no se reconocen hay claramente –por decir lo menos– torpeza o doloso incumplimiento de deberes del funcionario que maltrata y re-victimiza a un menor en un proceso)¹⁶, quiero someter a discusión la idea de la desaparición de la víctima en la discusión en torno de la plena vigencia de derechos humanos en la justicia penal.

Curiosamente, la víctima se instala en el mismo lugar que la protección de la niñez, en términos generales. Está claro que la protección y asistencia social de la víctima no compete al proceso penal o a los jueces penales como tampoco el ocuparse de los niños que necesitan ayuda; pero sí les atañe asegurarle un debido proceso legal y un trato que no la re-victimice¹⁷.

7. Por otro lado, en la discusión general de los derechos humanos de la niñez lo que fagocita todo el debate y condiciona los deberes del Estado respecto de esta parte de la población es cómo se reacciona frente al adolescente infractor (en términos de cómo y por cuánto tiempo se encierra a los niños). Como señalé antes, el énfasis está puesto en el imputado menor de edad y no hay espacio para analizar cuáles son los deberes del Estado con las víctimas menores de edad que desde el punto de vista cuantitativo –más allá de la cifra negra y de que es muy difícil conocer la exacta magnitud del problema–, es sensiblemente más grave.

Cualquier operador de la justicia penal argentina sabe que la *ratio* entre menor imputado y menor víctima está absolutamente desbalanceada, por lo que la situación de gravedad que debería escandalizar a la sociedad es la cantidad de menores víctimas de delitos que en general no sólo no son tratados bien en el proceso penal sino que además no son susceptibles de ninguna clase de reparación de sus derechos en términos de deberes de prestación positiva que el Estado argentino se obligó a asegurarles al suscribir tratados de derechos humanos que garantizan en estos casos una protección especial¹⁸.

8. En este sentido, me gustaría retomar una idea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la primera sentencia en la que se interpretó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es aquel que garantiza el derecho del niño a medidas especiales de protección. Me refiero a la sentencia de fondo en el caso "Villagrán Morales y otros (Caso de los 'Niños de la calle') vs. Guatemala".

Una lectura del fallo que trate de poner más énfasis en la luz y no en la oscuridad de lo resuelto debería destacar una idea fuerte de la Corte Interamericana que, en mi opinión, debe guiar la discusión relacionada con los derechos de los niños en general y, en particular, con los derechos de los niños que se encuentran en situaciones dramáticas como lo es resultar víctima de un delito.

Está claro que la protección y asistencia social de la víctima no compete al proceso penal o a los jueces penales como tampoco el ocuparse de los niños que necesitan ayuda; pero sí les atañe asegurarle un debido proceso legal y un trato que no la re-victimice.

El énfasis está puesto en el imputado menor de edad y no hay espacio para analizar cuáles son los deberes del Estado con las víctimas menores de edad que desde el punto de vista cuantitativo, es sensiblemente más grave.

16 Situación que no puede negarse que ocurra porque hay gente que trabaja mejor y otra que trabaja peor en todos lados y en todas las profesiones y actividades.

17 De esta manera se entendió que "Considerando el amplio marco jurídico tendiente a la protección del menor en nuestro país – especialmente por las previsiones en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-, resulta irrazonable, una nueva convocatoria de un menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando calificados profesionales en el área terapéutica aconsejan la no realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle a su paciente, mas aún cuando el menor ya depuso testimonialmente en tres oportunidades, debiendo buscarse las posibles contradicciones en los testimonios que el niño prestó, en las constancias de la causa. (...) Es de destacar que el presente proceso lleva más de siete años de duración en el cual se dictaron sucesivamente procesamientos, sobreseimientos y declaraciones de falta de mérito, por lo que corresponde recomendar a los señores magistrados intervinientes, teniendo siempre presente el interés superior del niño, la pronta solución de estas actuaciones, sin, que tal afirmación signifique un adelanto de opinión sobre el futuro desenlace de estos actuados." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 2.681, "N., B. s/ recurso de casación", del 21/11/02).

18 Véase nota 8 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa n 27.178, "S., M.", resuelta el 12/10/05.

Se trata del desarrollo del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en rigor, traduce la Convención sobre Derechos del Niño conforme la interpretación que en el párrafo 194 de esa sentencia realizó la Corte Interamericana. Allí la Corte Interamericana sostuvo que para interpretar el art. 19 de la Convención Americana debía recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de un *corpus juris* muy amplio de protección de derechos humanos de la niñez. De manera que hoy para el sistema interamericano la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso¹⁹.

La Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles "condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas".

A pesar de las críticas que pueden formularse al fallo por confundir las situaciones de niños autores de delitos con las de niños víctimas de delitos (el fallo trata de adolescentes torturados y asesinados en la ciudad de Guatemala por agentes estatales), la Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles "condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas". Yo no me canso de repetir ese estándar que parece estar ausente aun en las discusiones de estos días.

Lo que debilita al fallo es por qué si se trata de un caso en el que menores de edad fueron víctimas de delitos gravísimos, la sentencia se concentra en el tema de la delincuencia juvenil (obviamente no se alegó que los perpetradores hubieran sido menores; eran fuerzas de seguridad del Estado). ¿Por qué si se trató de casos atroces cometidos contra niños en situación de desventaja social, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dedicó la mayor parte del fallo a la cuestión de los delincuentes juveniles? Esta es la evidencia de que todo estaba confundido todavía a mediados de la década del '90 como en los tiempos tutelares clásicos y de que ni siquiera la Corte Interamericana podía trazar una línea nítida entre represión y protección.

Con independencia de que la argumentación pudo haber sido más esmerada, en definitiva la Corte Interamericana sostuvo que los Estados que firmaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben asumir y cumplir con el derecho a la protección especial de todos los niños en general pero sobre todo respecto de aquéllos que se encuentran en situación de desventaja social y aún más, en el supuesto de mayor gravedad, cuando se trata de niños víctimas de delitos. La Corte Interamericana determinó que los Estados deben asegurarles las condiciones para que vivan vidas dignas de ser vividas. En eso consisten las medidas de protección especial que expresan los deberes de prestación positiva del Estado hacia la infancia. Estos deberes están ausentes hasta ahora de la discusión referida a niños víctimas de delitos por varias razones, entre las cuales la centralidad del enfoque legal penal no es menor.

Por ese efecto perverso de la cultura penal que todo lo fagocita y crea la ilusión de que con la ley penal se resuelve todo (hasta la ausencia de políticas sociales), se genera una especie de cortina de humo que encubre la ausencia de todo lo demás, lo más importante, que también está en la ley y que también debe ser garantizado. Un ejemplo de ello es un proceso en el que la víctima participa con todas las garantías pero luego de la condena no tiene más participación ni relevancia para el Estado.

¹⁹ "194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.", Corte Interamericana de Derechos Humanos en Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

De manera que los estándares internacionales que regulan la situación del menor de edad víctima de delitos no son sólo penales, sino principalmente los deberes de prestación positiva del Estado respecto de los niños víctimas de delitos.

9. Para concluir me gustaría señalar que llama mucho la atención que ideas-fuerza de los tiempos de fundación del complejo tutelar (lo que suelo llamar las "buenas intuiciones", en casos y épocas dramática, trágicamente implementadas) tienen que ver primero con un modelo de Estado de Bienestar, con intensos deberes de prestación positiva del Estado, con que los adultos nos responsabilicemos de los niños y, en particular, de los niños que se encuentran en una situación de especial desventaja y vulnerabilidad.

Alguien comentaba con preocupación que ya no se puede hablar de protección. Ahora, si esta idea desaparece frente a una contra-intuitiva concepción de la autonomía de los niños (por ejemplo, que un niño de cinco años "elige" permanecer en la calle, consumir pasta base y/o permanecer en una red de trata), se exime de responsabilidad a los adultos y se incumple con los estándares internacionales de derechos humanos de la niñez.

Desde este punto de vista y reconocido el perverso fenómeno de distanciamiento del reclamo de los derechos respecto de la garantía del derecho de protección, tan enfatizada en el origen del tutelarismo clásico a través de dos intuiciones –vale la pena recordarlas, de prevención y de especialidad–, querría concluir con una apelación a tomarse los derechos en serio tanto de los niños víctimas cuanto de los imputados. Ello requiere desarrollar una hermenéutica creativa y prácticas interdisciplinarias originales que permitan concretar la promesa contenida en las normas internacionales hacia la infancia.

Los estándares internacionales que regulan la situación del menor de edad víctima de delitos no son sólo penales, sino principalmente los deberes de prestación positiva del Estado respecto de los niños víctimas de delitos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS



para la protección de los niños víctimas y testigos en sede judicial

Zulita Fellini¹

Los derechos humanos coadyuvan a la protección de los bienes jurídicos de todos los seres humanos por igual, y en tal sentido trascienden las fronteras de los Estados y de los estamentos sociales. El mundo globalizado colabora en esta regulación, y las convenciones y tratados internacionales han constituido un aporte significativo para su reconocimiento.

En esta obra se ha tomado un segmento de la cuestión dedicado a los niños víctimas y testigos en sede judicial: la victimización². Sin dejar de reconocer la importancia que reviste el tema, a modo de introducción, quisiera recordar que la víctima tiene un lugar en el sistema jurídico desde épocas relativamente recientes en la historia de la humanidad, que deberá ser ocupado hasta que le sean reconocidos paulatinamente sus derechos en todos los ámbitos de su vida³.

¿Será justo entonces otorgarle un lugar tan relevante inicialmente dentro de los procesos judiciales como si éstos constituyeran los únicos capaces de construir su revictimización, o habrá que pensar al mismo tiempo en lo que se deja de lado cuando se cree que el niño víctima o testigo debe ser amparado sólo en estas instancias?

El universo de esta problemática reviste contornos difusos, de difícil reconocimiento, y debe tener en mira principalmente la *prevención* y no la sanción como respuesta penal. La criminología siempre ha estudiado y analizado unilateralmente al delito, desde el punto de vista del delincuente en sus primeros estadios, y ha dejado al margen la personalidad de la víctima, que como afirmamos tiene un lugar en las ciencias penales desde épocas relativamente recientes⁴.

2 LIMA MALVIDO, María de la Luz, "El derecho victimal", en *Victimología, la víctima desde una perspectiva criminológica. Asistencia victimológica*, Córdoba, Argentina, Universidad Integral, 2004, pág. 130 y ss.
3 RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 7ª ed., México, Porrúa, 2000.
4 MARCHIORI, Hilda, *La víctima del delito*, Córdoba, Argentina, Lerner, 1996, pág. 11 y ss.

1. Ex jueza del Tribunal de Menores II de la Ciudad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA.

La victimología, como ciencia joven, comienza a desarrollarse después de la Segunda Guerra Mundial, con los trabajos de Benjamin Mendelsohn, Hans Von Hentig, Fattah, Elleberger, Sellin y Wolfgang, entre otros⁵. Con una mirada diferente, más abarcativa quizá desde el punto de vista de la infancia, no se deben olvidar las diversas situaciones de vida que victimizan y revictimizan desde la concepción en el seno materno, y la difusa conflictiva que ello entraña, continuando con las situaciones económicas, sociales, familiares, escolares, sanitarias o de prevención de la salud. Estos factores son tan importantes, que cabría la distinción conceptual entre una *victimización primaria* y otra *secundaria*. La primaria no es receptada por la sociedad tan simplemente y, por lo tanto, es mucho más difícil de responsabilizarse por ella.

Esto no minimiza la importancia de la cuestión, por el contrario, sería inconveniente abordar distintos temas al mismo tiempo; sólo es necesario considerar que el no tenerlo presente impedirá en la mirada del juzgador visualizar adecuadamente el *proceso generador de una víctima*, es decir, tendrá una visión parcial o fragmentaria, dificultando su resguardo.

El marco originario es más amplio, así el niño es proclive a la victimización desde edad temprana. En la familia es víctima del adulto –padre, madre, abuelos, hermanos, etc.–; en la escuela, lo es del sistema de aprendizaje, de los maestros o superiores; en las pequeñas comunidades, de los compañeros, de los amigos; en los sistemas asistenciales de los operadores en general, entre otros⁶.

El niño, desde que nace, depende del mundo adulto, esto constituye una realidad y una diferencia inevitable que contribuye a su formación condicionando su vida futura de distintas maneras. Así, se ponen de manifiesto rápidamente las diversas situaciones que ocasiona el poder del fuerte sobre el débil, y que evidencia la desigualdad del vínculo.

El niño, desde que nace, depende del mundo adulto (antes depende de la vida de la madre), esto constituye una realidad y una diferencia inevitable que contribuye a su formación condicionando su vida futura de distintas maneras. Así, se ponen de manifiesto rápidamente las diversas situaciones que ocasiona el poder del fuerte sobre el débil, y que evidencia la desigualdad del vínculo.

Las distintas corrientes psicológicas, formativo-educativas en sus diferentes métodos, a través de los tiempos han variado su orientación y no siempre han favorecido el mejor desarrollo de la personalidad del niño. Incluso se han conformado condiciones propicias para la configuración de un "proyecto de víctima".

Primero el sometimiento, mediante el sistema de premios y castigos; después el dejar hacer, el sistema sin límites, absolutamente permisivo, cuyas consecuencias sufrimos los adultos y los niños también.

Los límites razonables marcan pautas de conducta en la infancia que ayudan al crecimiento del niño en un marco reglado, que debe aceptar para vivir armónicamente en sociedad, en el cual no todo es posible, ni se puede obtener de cualquier manera. Esto significa que la absoluta libertad dejará al niño desamparado, sin poder defenderse de la agresividad social.

5 MARCHIORI, Hilda, "Comentario" a la 7ª ed. del libro *Victimología. Estudio de la víctima* de Luis RODRÍGUEZ MANZANERA, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, Año III, Nº 5, Córdoba, Mediterránea, 2002.

6 GIBERTI, Eva, "Atención a niños y niñas víctimas: El efecto burnout en los profesionales", en *Victimología. Los procesos de victimización desde un enfoque criminológico*, Córdoba, Argentina, Lerner, 2003, pág. 126 y ss. En el tema de los operadores que se ocupan de víctimas de violencia, resulta muy interesante e ilustrativo consultar este trabajo, porque los operadores de la justicia, juzgadores no especializados en la temática, difícilmente podrán hacerse cargo de las vicisitudes que tiene la escucha, el acompañamiento y la contención de las víctimas.

Tanto el menor de edad autor como la víctima de delitos son víctimas de los sistemas señalados, algunos con mayor o peor suerte en el condicionamiento, pues se han sentido y se sienten indefensos e inermes ante la exigencia de la regulación jurídica de sus conductas. Lamentablemente, no conocen, ni pueden prever las consecuencias de las situaciones que padecen, ni de las prescripciones legales. No obedecen la ley: unos, porque crecieron inmersos en otras leyes, y los demás están destinados a soportar las consecuencias de lo primero. De lo contrario, ni los autores posiblemente hubieran desoído fácilmente la ley, ni las víctimas se hubieran encontrado tan desprevenidas ante la agresión.

Los tiempos han cambiado, pero no es tarde para reflexionar sobre estos conceptos, ya que pueden servir como punto de partida para otras políticas públicas llamadas hoy frecuentemente a cubrir vacancias.

El panorama jurídico internacional se ha diversificado respecto del tema de derechos humanos, como respuesta a las atrocidades cometidas en el mundo durante las violaciones a la dignidad humana consecuencia de las guerras mundiales. Siempre el triunfo de los poderosos sobre los débiles pone de manifiesto las peores desigualdades en la valorización de bienes supremos de la humanidad.

Los derechos humanos fueron receptados en convenciones y tratados internacionales, la mayor parte de ellos incorporados a finales del siglo XX a nuestra Constitución Nacional. En materia de niñez debe mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20-11-89 en Nueva York, sancionada en la Argentina y publicada en el Boletín Oficial, mediante la ley 23.849 el 26-10-90, como receptora fundamentalmente de las garantías debidas a los niños, no sólo en áreas de derecho, sino de políticas sociales generales que deben adoptar los Estados Partes. La mayoría de los países ratificaron esta Convención; sólo dos no lo hicieron: Estados Unidos y Somalia.

Antes de continuar con el análisis del tema concreto de las víctimas jóvenes, cabe insistir una vez más que las garantías son debidas a todos los ciudadanos por igual, y que precisamente dentro del proceso penal es donde habrá que poner especial cuidado, porque la protección de las víctimas no puede descuidar las garantías del imputado o procesado.

Lo sensato desde la aplicación rigurosa del debido proceso penal consiste en lograr un *justo equilibrio* entre esa necesaria protección, en todo caso –mediante la aceptación de sistemas alternativos– no introducir al menor de edad al proceso si no es absolutamente indispensable, tanto como imputado o como víctima, teniendo en cuenta que el cuidado en la selección del imputado preservará también a la víctima de la tan mentada revictimización. Ello no deberá interpretarse como que las víctimas queden en estado de indefensión.

Aquí debemos reconocer que las víctimas ya lo son antes del proceso, por tanto la intervención estatal no las debe colocar en peor situación, ya que –de todas maneras– nunca se podrán retrotraer los hechos ya ocurridos.

Hoy, ante la evidencia de una víctima, frecuentemente la sociedad se desinteresa de lo que precisamos como debido proceso y demanda las *reglas* de la venganza privada. Evidentemente, nos estamos refiriendo, no a todo tipo de víctimas jóvenes de cualquier delito, sino principalmente a las víctimas de delitos sexuales, tema sumamente irritativo, convocante y controvertido, sobre todo por la inexistencia frecuente de pruebas, y las dificultades para la obtención y producción de éstas. Sin ninguna duda, la prueba resulta decisiva para la absolución o condena del procesado.

Lo sensato desde la aplicación rigurosa del debido proceso penal consiste en lograr un *justo equilibrio* entre esa necesaria protección, en todo caso –mediante la aceptación de sistemas alternativos– no introducir al menor de edad al proceso si no es absolutamente indispensable.

Para que una persona resulte condenada por un hecho ilícito, debe ser sometida a un proceso dentro del cumplimiento de distintas formalidades establecidas en las leyes penales y procesales. Sería poco equitativo obviar ahora un tema central y ancestral: *Los imputados y las víctimas propiamente dichas resultan víctimas del sistema penal.*

Las víctimas jóvenes del sistema penal no lo son precisamente del proceso judicial, pero tampoco están absolutamente fuera de la judicialización, y lo que es peor aún, es que por agotamiento, el tratamiento del tema ha estado fuera de agenda durante mucho tiempo, por lo menos en la República Argentina, aunque los acontecimientos de reciente data produzcan reacciones tardías, como la siempre inminente sanción de una ley específicamente penal juvenil.

Sería poco equitativo obviar ahora un tema central y ancestral: Los imputados y las víctimas propiamente dichas resultan víctimas del sistema penal.

Los menores de 16 años edad, que no son sometidos a procesos, resultan víctimas también del sistema penal; no se les respetan derechos y garantías constitucionales, y demás está decir que en la mayoría de los casos reciben *sin proceso*, y por lo tanto *sin confirmación de su participación en el hecho que se les imputa*, la pena de privación de libertad. Se trata de otras víctimas, que no sufren el hecho sino el derecho, "condenados sin delito", lo que los coloca en peor situación, reñida con todos los estándares internacionales. Sin proceso no se necesita producir pruebas.

Haremos una nueva reflexión sobre algunos aspectos de este tema, al referirnos a la incorporación del art. 250 bis al CPPN⁷. Ninguna solución conformará a las partes involucradas, pero lo cierto es que la respuesta facilista de privar de la libertad a alguien sin pruebas no es la misión de la justicia, ni lo deseado por el juez; y la de absolver a todo el mundo por las dificultades señaladas, tampoco. *Se trata de saber entonces, qué pruebas y en qué condiciones son aceptables, dentro de un proceso que respete los límites de un Estado democrático de derecho.*

En el orden internacional, se ha firmado recientemente en el marco de la Convención Internacional de Toledo "La protección de los menores en el sistema jurídico europeo", el Convenio 201 del Consejo de Europa⁸, denominado "Convenio de Lanzarote", ratificado por 36 Estados de los 47 miembros integrantes del Consejo, que entrará en vigencia cuando se alcance el número de ratificaciones establecido. Se trata de un instrumento fundamental para lograr una respuesta común, ágil, eficiente y responsable en la protección del menor de edad, frente a las agresiones vejatorias que atentan contra su integridad física y moral, con secuelas muy traumáticas para el libre desarrollo de su personalidad. Tiene como objetivo prevenir los delitos sexuales a menores, perseguir a los autores de los abusos y proteger a sus víctimas. Contiene medidas para la prevención, como programas de formación y concientización, trabajo en las aulas con niños de educación primaria y secundaria para que aprendan cómo protegerse. Asimismo, promueve la creación de ayuda por teléfono o por Internet, y asistencia psicológica, médica y legal. Destaca también la necesidad de la cooperación del sector privado.

En el actual contexto de globalización y multiplicación de los contactos interpersonales por medio de las nuevas tecnologías, *se debe priorizar la prevención, con participación del sector privado.* Este instrumento se propone también alcanzar estándares judiciales comunes en toda Europa para acabar con la impunidad de los autores de abusos y agresiones a menores y asegurar la protección de las víctimas y sus derechos desde diferentes ámbitos (justicia, educación, salud, políticas sociales, asistencia sanitaria, etc.).

7 Ley 25.852, CPPN, incorpora el artículo, con fecha de publicación 8-8-04.

8 Convenio del Consejo de Europa contra la explotación y el abuso sexual, octubre de 2007.

En el contexto de otro documento sobre el Cibercrimen (Convenio del Cibercrimen), firmado en Budapest el 23-11-2001 y ratificado ya por 46 Estados, se promueve la creación de canales de comunicación entre la industria de las nuevas tecnologías y las autoridades públicas para la detección de mensajes y procesos de oferta, distribución o posesión de material pornográfico, a la vez que reclama la creación de un servicio capaz de detectar las situaciones de explotación y abusos sexuales a través de Internet, con el control de los ciber cafés. En su art. 9º, específicamente, se ocupa de las infracciones relativas a la pornografía infantil. 1. Prescribe: "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prevenir como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d) el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. 2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la 'pornografía infantil' comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito. 3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término 'menor' designa cualquier persona menor de 18 años. Las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años".

Como podrá observarse a través de las referencias mencionadas, *existe gran preocupación por los daños que puedan causar los avances tecnológicos en perjuicio de víctimas menores de edad*. Pero en todo caso, la reacción en este momento se traduce en el reclamo de modificación a los códigos penales de los estados, en procura de nuevos tipos criminales con autonomía propia, para la regulación de las conductas de los delincuentes sexuales, abusadores en todas sus formas; y el pedido consiste en *aumentar las penas*.

De manera tal que no deberíamos confundirnos creyendo que éste es un tema perteneciente a la victimología, por el contrario, sigue siendo de neto tinte penal con un claro riesgo respecto de la debilidad de las pruebas y los medios probatorios obtenidos por medio de las nuevas tecnologías.

En el mismo sentido, y siempre dentro de los estándares internacionales, resta hacer referencia a la decisión marco del Consejo de Europa del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Es el Título VI del Tratado de la Unión Europea. El art. 2º, dentro del respeto y reconocimiento a las víctimas, dispone que los Estados Partes velarán por que se brinde a las víctimas *especialmente vulnerables* un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación. El art. 3º señala que los Estados Partes garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba y tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.

Existe gran preocupación por los daños que puedan causar los avances tecnológicos en perjuicio de víctimas menores de edad. Pero en todo caso, la reacción en este momento se traduce en el reclamo de modificación a los códigos penales de los estados, en procura de nuevos tipos criminales con autonomía propia, para la regulación de las conductas de los delincuentes sexuales, abusadores en todas sus formas; y el pedido consiste en aumentar las penas.

En nuestro sistema es obligatorio en el tema referirnos a la importancia que ha provocado el advenimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y su posición jerárquica con respecto al resto del ordenamiento jurídico en materia de niñez y adolescencia. No obstante ello, no debe renunciarse a reconocer las dificultades⁹ que todavía persisten en todas las instancias, con honrosas excepciones de tipo individual, y parcializadas.

Más allá de algunos supuestos aislados, los niños y adolescentes no encuentran en las diferentes legislaciones del Mercosur y de América latina un reconocimiento expreso de los distintos niveles de discernimiento que les permita ejercer por sí mismos sus derechos y participar en las decisiones sobre las cuestiones que resultan más trascendentes en su vida.

La Convención mencionada abarca un espectro amplio en los derechos y obligaciones de los más jóvenes, en especial reviste importancia el art. 12 cuando señala que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del mismo, *en función de su edad y madurez*. 2. Con tal fin, se dará oportunidad de *ser escuchado* en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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".

Más allá de algunos supuestos aislados, los niños y adolescentes no encuentran en las diferentes legislaciones del Mercosur y de América latina un reconocimiento expreso de los distintos niveles de discernimiento que les permita ejercer por sí mismos sus derechos y participar en las decisiones sobre las cuestiones que resultan más trascendentes en su vida¹⁰. Esta disposición deberá ser interpretada teniendo en consideración la situación individual del niño víctima de delito, expresamente su edad y grado de madurez, y compatibilizar con lo que se entienda por *interés superior del niño*.

Precisamente la CDN reitera esta expresión ocho veces en su redacción, pero no ofrece pautas orientadoras de interpretación, si bien es cierto que por las características del texto en general, debe entenderse como 'el debido reconocimiento de sus derechos fundamentales', que por lo demás coincide con las garantías que la Ley Suprema prescribe para todos los ciudadanos; y también con lo que más tarde resolviera la Opinión Consultiva N° 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema, el 22 de agosto de 2002 en San José de Costa Rica, cuando sostuvo que "el interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"¹¹.

En una concepción más amplia, aunque en esencia se trate de un documento que reproduce los contenidos de la Convención, la ley nacional 26.061 promulgada en nuestro país en el año 1995, en su art. 3° determina que se entiende por ello "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"; debiéndose respetar entre ellos el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. Señala también que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

9 FELLINI, Zulita, "Reflexiones sobre un fallo polémico", Suplemento Procesal Penal, Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, 17 de febrero de 2009.

10 MINYERSKY, Nelly y Lily FLAH, "Consentimiento informado de Niñas, Niños y Adolescentes. Derechos Personalísimos. Influencia del reconocimiento de la capacidad progresiva en la protección de la salud", en VI Congreso Internacional de Bioética, Gijón, España, 2009.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17, San José de Costa Rica, 28-8-02.

El art. 22 está dedicado a preservar el derecho a la dignidad, reputación y propia imagen, mediante la prohibición de exponer, difundir o divulgar datos, información o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños o adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

Este artículo ofrece numerosos flancos objeto de críticas que ya se han formulado en doctrina. Ciertamente, en materia de víctimas de delitos contra la integridad sexual es frecuente que los autores sean miembros de su propia familia, o representantes responsables de ellos, lo que constituye un obstáculo para la producción de las denuncias –si se requiere– que para la divulgación de los datos que pueden favorecer al niño y perjudicar al progenitor y afines, se necesite también la conformidad de los mayores. Esto constituye otra pauta de la disparidad que se mantiene latente entre el niño y el adulto.

En el art. 27 se fijan garantías del procedimiento de cualquier índole, judiciales o administrativos entre ellos, además de los contenidos expresamente en la CDN, *a participar activamente en todo el procedimiento*. Esto pone de manifiesto, una vez más, la intervención de la víctima que, sin duda, debidamente interrogada mediante un procedimiento idóneo por personal especializado, contribuirá al esclarecimiento de los hechos. No debemos olvidar que ya dentro del proceso, la víctima debe concluir dignamente su participación, pudiendo expresarse acerca de la veracidad de los acontecimientos. En general, en la clase de delitos que atentan contra la sexualidad se cuenta con muy pocos elementos de prueba, que se reducen a la palabra de uno contra el otro.

Mucho se ha expresado ya acerca de las dilaciones en este tipo de procesos, en los que finalmente se corre el riesgo de que la víctima, ante el cúmulo de contrariedades y presiones que se originan, concluya retractándose de sus dichos para solucionar cuanto antes el conflicto, y así evitar mayores sufrimientos.

De la misma manera que Kempe¹² describió el abuso sexual al que es sometido un niño y las marcas que le quedan, Ronald Summit¹³ definió con exactitud todo lo que ocurre dentro de un proceso judicial con una criatura abusada. Hay autores que sostienen como método probatorio adecuado en la obtención de las pruebas, a las que necesariamente deba someterse a un menor de edad, que el testimonio sea prestado mediante "video conferencia", que garantice la interrelación de todas las partes, sin necesidad de la presencia física de la víctima en el Tribunal y frente a personas extrañas, que suele resultar atemorizante para el niño¹⁴.

El 8 de enero de 2004, mediante la ley 25.852 se aprobó sobre tablas, sin exposición de motivos, una modificación legislativa al Código Procesal Penal de la Nación, mediante la introducción del art. 250 bis que prescribe que cuando se trate de víctimas de los delitos de lesiones y contra la integridad sexual, que a la fecha cuando se requiera su comparecencia *no hayan cumplido los 16 años de edad*, se seguirá el siguiente procedimiento:

Mucho se ha expresado ya acerca de las dilaciones en este tipo de procesos, en los que finalmente se corre el riesgo de que la víctima, ante el cúmulo de contrariedades y presiones que se originan, concluya retractándose de sus dichos para solucionar cuanto antes el conflicto, y así evitar mayores sufrimientos.

12 KEMPE, Ruth S. y Henry C. KEMPE, *Niños maltratados*, Madrid, Morata, 1979.

13 Citado por Romina MONTELEONE, en "Abuso sexual infantil: La retractación de la víctima y sus consecuencias procesales", en Serie Victimología 5, Córdoba, Argentina, Encuentro, 2008, pág. 141 y ss.

14 *Ibidem*, pág.149.

- a) los menores aludidos *sólo serán entrevistados* por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, *no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;*
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban;
- d) *A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente.* En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal *no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado*".

¿Por qué razón frente a un imputado que no hubiere cumplido 18 años, no se tiene en cuenta la existencia del riesgo para su salud psicofísica que puede producirle el hecho de comparecer ante los estrados judiciales?

En el artículo siguiente se especifica que "cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis".

Anunciamos más arriba que trataríamos algunos aspectos que contiene esta disposición. En tal sentido, reiteramos que los jóvenes imputados por la comisión de un hecho delictivo son también víctimas del sistema penal, si bien las víctimas a las que nos estamos refiriendo son menores de edad penal, lo es hasta los 21 años, *los imputados o procesados pueden también ser menores de edad*, caso en el cual no se justifica que existan diferencias jurídicas entre unos y otros dentro de un mismo cuerpo normativo.

¿Por qué razón frente a un imputado que no hubiere cumplido 18 años, no se tiene en cuenta la existencia del riesgo para su salud psicofísica que puede producirle el hecho de comparecer ante los estrados judiciales? ¿Cuál es la fundamentación jurídica que justifica el trato diferenciado ante dos menores de la misma edad? ¿Acaso no existe la posibilidad de victimizar o re-victimizar a un inocente? ¿Se olvida que la presunción de inocencia ampara al imputado, mientras no se demuestre en juicio su culpabilidad?

Desde sus orígenes, las formas de producción de pruebas introducidas por el art. 250 bis del CPPN han sido fuertemente cuestionadas, y con frecuencia en la actualidad la disposición enunciada sea atacada de inconstitucional.

Es discutible por lo menos con argumentos fundamentados desde el derecho penal, y defendida con iguales argumentos desde el derecho victimal. Constituyen puntos de vista controvertidos, toda vez que el vértice de observación es opuesto; es decir, ambos son válidos, ocurre que dentro de un proceso penal, donde generalmente se utilizan estas prácticas, y en presencia de un conflicto sexual, se convierte en una prueba decisiva, pero endeble e imprecisa.

Se trata de una disposición atípica dentro del sistema penal y procesal penal, y sus principios generales atentan contra el debido proceso y el resguardo de garantías constitucionales propias de los Estados republicanos de derecho.

Primeramente *se aleja del principio de inmediatez*; el juez delega en un profesional la carga de la prueba que le será de *difícil control*, y de esta manera *pasará a ser vinculante* la opinión de un tercero para su resolución. La víctima (o el testigo en determinados casos) será interrogada en forma inusual, desconocida o desacostumbrada para ella, y sin que se le informe el motivo por el que se le solicita los datos que está proporcionando, y para qué será utilizado su "testimonio". Puede decirse que se utiliza al niño mediante engaño, contrariando el *derecho a ser informado*, y a su *propia intimidad*. Es posible que cuando en un futuro se entere del origen de sus dichos o actuaciones, confirme que de haber conocido la verdad, su proceder hubiera sido distinto, o simplemente compruebe que se ha develado un hecho contra su voluntad. Conforme a la CDN, tiene derecho a ser oído, a ser informado de todos los actos en que intervenga, y a que se preserve su intimidad.

Lo razonable sería que en algunos casos el juzgador, quien deberá producir la sentencia, no el juez instructor de la causa, pudiera auxiliarse de la opinión fundada de otros profesionales, que podrían ser más de uno para mejor proveer, pero de ninguna manera en todos los casos, ya que *dependerá de la edad de la víctima y de su grado de madurez*, como señala adecuadamente la CDN.

El hecho de existir en la disposición citada una prohibición para que el Tribunal actuante y las partes en el proceso realicen el interrogatorio atenta abiertamente contra principios constitucionales. Por otra parte, la prohibición de la presencia del imputado le impide ejercer el derecho de repreguntar establecido además en la propia Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40, 4.), ya que tampoco habrá quien controle la legalidad de la prueba.

Es cierto que esto está previsto para menores de 16 años, y con otros condicionamientos establecidos en el art. 250 ter cuando tengan entre 16 y 18 años. De todas maneras, con la salvedad establecida, el proceso penal requiere de la mayor transparencia para la seguridad de las partes y para cumplir con los objetivos del propio sistema de justicia.

La justicia de menores debe ser especializada, los jueces deben estar suficientemente capacitados, preparados para cumplir con la función de tener que llevar a juicio una causa especial, generalmente por la materia y por la edad de las partes. De ahí que la función-intervención del juzgador resulte indispensable en su inmediatez para la valoración de la prueba, sin olvidar que en algunas situaciones, como se ha mencionado, *el imputado podrá ser también menor de edad*. La CDN rige para todos.

Sin perjuicio de lo manifestado hasta ahora, el tema debe ser abordado también por jueces que no necesiten estar especializados en materia juvenil, toda vez que si el autor del delito es mayor de edad, será un magistrado de la justicia penal ordinaria quien detente la competencia. Aquí algunos de los argumentos enunciados se debilitan, pero no todos, ni tanto.

El tema supone la controversia y merece seguir siendo analizado, aunque las legislaciones de buena parte de los países acepten ya la llamada "flexibilización del proceso penal". En todo caso, siempre existirá diferencia entre la *validez* de las pruebas y la *valoración* que de ellas realice el juzgador mediante el criterio de la sana crítica.

La justicia de menores debe ser especializada, los jueces deben estar suficientemente capacitados, preparados para cumplir con la función de tener que llevar a juicio una causa especial, generalmente por la materia y por la edad de las partes.

Recordemos la derogación de la ley 10.903, llamada Ley de Patronato, en el año 1995, mediante la ley 26.061, por la cual se distinguió justamente entre los menores de edad víctimas y autores de delitos, que hasta entonces integraban un contexto a dirimirse en el fuero de menores, confundiendo dos categorías de personas y ofreciendo así una verdadera re-victimización.

Ahora bien, el sistema tutelar y su perdurabilidad en el inconsciente colectivo, y demás actores responsables de acceder y acatar los estándares internacionales respecto de la situación de los jóvenes, excede los límites de este trabajo, temas que por lo demás han sido ampliamente tratados por la doctrina en numerosas oportunidades¹⁵.

Desde hace tiempo, como se ha señalado antes, el sujeto ofendido dentro del esquema del derecho penal ha cobrado protagonismo. Es evidente que no podría dejarse en inferior situación, incluso desde la perspectiva procesal, a quien lleva la peor parte en ese aspecto.

En otro orden de ideas, ante la falta de una definición de lo que debe considerarse por abuso sexual, podríamos entender que existe cuando se traspasan los límites de lo permitido. Definición ambigua por cierto que por lo tanto no aporta a nuestro tema mayores precisiones. Pero, la realidad nos lleva a reconocer que la ley, antes y después de la reforma que modificó el título de "Delitos contra la integridad sexual" no nos proporcionó conceptualmente más que dificultades en su interpretación¹⁶.

Desde hace tiempo, como se ha señalado antes, el sujeto ofendido dentro del esquema del derecho penal ha cobrado protagonismo. Es evidente que no podría dejarse en inferior situación, incluso desde la perspectiva procesal, a quien lleva la peor parte en ese aspecto. La víctima ostenta toda una serie de derechos, sobre los que también repercuten las garantías inherentes al proceso penal; tanto como el derecho de los delincuentes, merece el reconocimiento del derecho de los ciudadanos, esto es precisamente el derecho de las víctimas.

Es claro que esta presencia de la víctima en el proceso tiene connotaciones totalmente diferentes y modalidades de implementar nuevas tecnologías diversas a las enunciadas recientemente en menores de edad. Se trata de una presencia activa, asumiendo un rol preponderante, con plena conciencia de su propia defensa y del derecho de ejercer sus reclamos.

Nuestra legislación penal no se caracteriza por realizar un distingo importante entre las diferentes acciones que prescribe, con respecto al mayor o menor perjuicio ocasionado a las víctimas de ellas dentro de un mismo tipo penal. Esto se debe a que el derecho criminal siempre ha dado prioridad al tratamiento del delincuente, sobre quien ha construido la teoría del delito, y también posee cierta lógica en esta clase de injustos, en los que los daños psicofísicos, por ejemplo, pueden demorar en presentarse, con lo cual se dificultaría su consumación; es decir que siempre prevalecería la figura de la tentativa.

En el ámbito de las conductas de menores de edad autores de delitos, debe recordarse que el motivo de que la pena aplicable admita reducción se basa en el principio generalmente aceptado en materia de delincuencia juvenil de que los autores de hechos típicos y antijurídicos, por su edad, se encuentran en un período de la vida en el que aún no han concluido el proceso biológico de formación psicofísica, careciendo del estado de madurez que se requiere para advertir las consecuencias de su obrar delictivo. La respuesta jurídica en estos casos está destinada a completar el estadio evolutivo, debiendo guardar proporción en cada caso concreto,

15 BELOFF, Mary, "Condición jurídica y derechos humanos de la niñez y la adolescencia en el marco del sistema interamericano", en *Los Derechos del Niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Argentina, Del Puerto, 2004, pág. 193 y ss.

16 FELLINI, Zulita, "Comentarios a la ley 25.087 sobre Delitos contra la Integridad Sexual", Buenos Aires, Argentina, La Ley, sección actualidad, 25-11-99, entre otros.

tanto con el hecho como con la posibilidad de cumplir con esos objetivos dentro del plazo establecido. La ley no proporciona un concepto general y abstracto de *madurez*, por lo que el juez debe valorarla en cada caso. La moderna psicología profunda permite admitir que los procesos de motivación de los menores difieren de los de los adultos, no sólo en sentido intelectual, sino también por el juego más libre de la "instintividad".

La capacidad de comprensión requiere cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representaciones de valores espirituales, o *madurez ética*, que permita comprender los postulados o normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La ley no exige una específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico, sino apenas de una comprensión del injusto material, que se adecue al grado de conciencia que pueda tener el autor, en el sentido de que su conducta está prohibida por las leyes. Debe saber que el orden jurídico no autoriza ese comportamiento, tiene que sentir el imperativo legal como un valor adecuado, y debe poder encontrar su propio comportamiento como legalmente objetable¹⁷.

Cuanto acaba de sostenerse respecto de conceptos elementales de madurez y posibilidades de comprensión en niños y jóvenes, es también válido para víctimas y testigos de hechos delictivos. Posiblemente, la percepción y el propio cuidado en la forma de relacionarse de los autores con las víctimas merezcan un estudio más exhaustivo de la personalidad de ambos y de la progresividad en la comprensión de los hechos.

El Código Procesal Penal de la Nación (art. 241) no fija una edad mínima para declarar, por lo cual, no habría impedimentos para que el juez requiera testimonio de estos niños. Sin embargo, el proceso de testificar puede resultar extremadamente traumático para un niño maltratado, en especial si deben hacerlo delante del agresor. Aunque en algunos casos, la posibilidad de contar lo que le ha pasado constituye una verdadera liberalización del secreto por mucho tiempo guardado; los recaudos que deben adoptarse siempre han de ser extremos. No puede permitirse que un niño deba relatar los hechos decenas de veces, ya que estas circunstancias acentúan el trauma en toda su dimensión. En la medida que disminuyen las declaraciones, aumenta la sensación de que el proceso representa una ayuda para el niño.

El impacto emocional que en el pequeño puede tener su declaración frente al Tribunal puede subsanarse por medio de la filmación o circuito cerrado de televisión en caso de juicios orales, si se respetan las garantías establecidas en la Constitución Nacional, a las que ya hemos hecho referencia.

El Congreso norteamericano sancionó *The Child Victims' and Child Witnesses' Rights statute*¹⁸, donde se autorizan estas dos alternativas, y casi treinta y siete Estados lo han incorporado a sus leyes, además de proteger la intimidad del menor, estableciendo la confidencialidad de la información y la reserva de la audiencia para terceras personas. Lo que no debiera ser un referente absolutamente relevante para nosotros, precisamente por provenir la iniciativa de uno de los dos países que no ha ratificado los documentos que consagran los derechos humanos fundamentales.

"Para evaluar la *capacidad para declarar del menor*, se deberá tener en cuenta, la posibilidad de:

El proceso de testificar puede resultar extremadamente traumático para un niño maltratado, en especial si debe hacerlo delante del agresor. Aunque en algunos casos, la posibilidad de contar lo que le ha pasado constituye una verdadera liberalización del secreto por mucho tiempo guardado; los recaudos que deben adoptarse siempre han de ser extremos.

17 FELLINI, Zulita, "Reflexiones sobre la cuestión penal juvenil", en Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, Buenos Aires, El Dial Express, Año XI-Numero 2679, 16-9-2008.
18 29/11/90.

- reconocerse a sí mismo y a los demás.
- entender la diferencia entre verdad/mentira.
- comprender el castigo por mentir.
- poseer memoria de los eventos vividos.

*En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas se establece que será capaz de declarar aquel niño que pueda entender la obligación de decir la verdad, y que pueda recordar y comunicar el objeto de su testimonio*¹⁹.

Finalmente, el fantasma del "interés superior del niño" y de los "cuidados especiales" que se le deben por ser precisamente niño no ha permitido desterrar completamente el criterio tutelar, al punto de que la mayoría de los argumentos que se esgrimen en los documentos y situaciones analizadas, y también en los que observaremos a continuación, están expresados en función de "su protección", y en resguardo de su "vulnerabilidad".

El fantasma del "interés superior del niño" y de los "cuidados especiales" que se le deben por ser precisamente niño no ha permitido desterrar completamente el criterio tutelar.

Recientemente una resolución de febrero del 2009²⁰ de la Procuración General de la Nación sugiere a los señores fiscales, con base en otras resoluciones anteriores, adoptar recaudos en las causas en que se encuentren involucrados menores de edad como víctimas o testigos de delitos. Los antecedentes que se mencionan para ello se encuentran en las Reglas de Brasilia (2008) sobre "Acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", donde se establece que "en determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales". También en las Guías de Santiago sobre "Protección de víctimas y testigos", un documento adoptado en el XVI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, aprobado en el año 2008, donde se dispuso respecto de las víctimas menores de edad la "utilización del menor bajo un principio de excepcionalidad, procurando que sea un mínimo de veces (con tendencia hacia la vez única) aquel en que el menor sea interlocutor de cualesquiera actuaciones de investigación o procesales".

Precisamente las Guías de Santiago contienen un título que hace *especial referencia a los niños y adolescentes como víctimas*: "Los niños y adolescentes son víctimas definidas por la más alta vulnerabilidad, la cual viene dada tanto por su propia condición como por el hecho de que en muchas ocasiones es su propio entorno el que acoge la producción del delito".

Tales son circunstancias que llevan precisamente a una alta cifra de impunidad. El eventual entorno en el que se gesta esta delincuencia ejerce un férreo control sobre la víctima, impedida para percibir la realidad del delito, colaborar en su denuncia o descubrimiento y moverse con cierta libertad durante el proceso de investigación y represión. Además, en muchas ocasiones, las medidas de tratamiento y reparación suponen la separación de un entorno que, a pesar del delito, ha venido siendo el natural del sujeto, por lo que la reparación supondría una desubicación y la construcción de un entorno de acogida completamente nuevo.

En materia de víctimas menores de edad, deben tenerse muy especialmente en cuenta las Directrices contenidas en el documento "Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos", adoptadas por la Oficina para los Derechos del Niño (Canadá, 2003).

19 VERDE, Claudia y otros, "Niños víctimas de delitos sexuales. Diagnóstico pericial del abuso deshonesto, la corrupción de menores y las exhibiciones obscenas", en *Anales del 1º Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica*, Santiago de Chile, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, 1995, págs. 193-208.

20 Resolución 8/09.

La participación del menor en el proceso se caracteriza por varios factores:

1. La desacreditación de la víctima como tal, ya que es un mundo de adultos el que enjuicia el hecho, con riesgo de caer en el fácil recurso de justificar los hechos por la inventiva o la pretendida instrumentalización de la víctima. Este proceso acaba produciendo una revictimización y, en cierta medida, una destrucción o deterioro del sujeto.
2. La propia instrumentalización del menor víctima por personas de su entorno, lo que, finalmente, lleva a una auténtica desacreditación de la víctima.
3. Toda la participación del menor debe abordarse desde una premisa de máximas cautelas, con salvaguarda de su identidad, imagen e intimidad. El ineludible testimonio del menor y su necesaria contradicción para hacerlo servir como prueba debe ejecutarse evitando cualquier riesgo de victimización secundaria, para lo cual deberían darse las siguientes cautelas:
 - Acompañamiento del menor por persona vinculada familiarmente idónea para ello o, en su caso, profesional cualificado.
 - 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 cualesquiera 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) aquel en que el 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 antes las actuaciones de reintegración personal y psicológica.

Cuando el menor se ve involucrado como víctima en una conducta delictiva, supone la necesidad activar otras instituciones jurídicas a través de procesos judiciales, por tanto, debe procurarse que se lleve a cabo con la mayor concentración posible, evitando radicalmente que pueda tener cualquier percepción de un peregrinaje jurisdiccional o una idea de pendencia, con la consiguiente inseguridad y angustia.

Merece un especial tratamiento el caso del menor víctima de la delincuencia que ejecutan otros menores. Para el menor supone un sentimiento de angustia añadido el que otros pares le hayan hecho objeto de una actuación delictiva, estando muchas veces abocado a mantener un cierto nivel de contacto o relación con ellos o a moverse en entornos coincidentes con los de los autores de la conducta.

Por otra parte, el procedimiento que aborda el tratamiento del menor delincuente tiende a hacer especial hincapié en el hecho de que este menor no es tanto un delincuente como un sujeto necesitado de protección a través de la reforma, pudiendo quedar en un segundo plano el abordaje de la víctima, a quien el sistema no parece contemplar como objeto prioritario. Además, el abanico de medidas que se contemplan suele ocuparse más de la actuación sobre el delincuente que sobre la víctima. Las decisiones del Ministerio Público no pueden perder de vista que la víctima menor también es en estos procesos un titular de derechos situado en el mismo nivel que el menor delincuente.

El ineludible testimonio del menor y su necesaria contradicción para hacerlo servir como prueba debe ejecutarse evitando cualquier riesgo de victimización secundaria.

Según en la jurisdicción territorial donde se encuentre un menor víctima y testigo de delitos de abuso sexual, puede declarar en una sola oportunidad, interpelado sólo por un psicólogo, en una sala especialmente equipada, o tener que declarar varias veces frente a un juez, fiscal y las partes, en un espacio que no garantiza la preservación de su privacidad.

En aquellos casos en que la baja edad del menor delincuente haga que escape del sistema de reforma y quede exclusivamente encomendado al sistema de protección, el Ministerio Público, habitualmente legitimado en los sistemas de protección de menores, debe tener en cada sistema un papel que le permita velar en la misma medida por la actuación y tratamiento adecuados sobre agresor y víctima.

Hay un tipo de menor que merece especial atención en esta área territorial, que se podría llamar "menor sicario". Se trata de un menor instrumentalizado por mayores para hacerle brazo ejecutor de comportamientos criminales, llegando a una auténtica cosificación de la persona. El Ministerio Público debe estar especialmente atento a la valoración de estos comportamientos para que, sin perjuicio de dilucidar la eventual actuación del derecho sancionador de menores y adolescentes que traiga causa de conductas penalmente relevantes, se valore como prioritaria la necesidad de desprogramar y rehabilitar al menor. Esto tiene su consecuencia en varios aspectos:

- Abordar el proceso con el apoyo de profesionales especialistas.
- Aplicar parámetros de celeridad que alivien cuanto antes los niveles de angustia.
- Separar drásticamente al menor de su entorno delincencial de adultos para iniciar cuanto antes el proceso de *descontaminación*.
- Evitar que esa contaminación pueda darse mediante la aparición en su proceso de los adultos que intenten instrumentarle para su particular beneficio y, dentro de lo posible, que el menor pueda ser igualmente utilizado en la investigación o en el proceso que se sigue contra esos sujetos.

Con base en los antecedentes mencionados, el Procurador General de la Nación ha resuelto:

- a) que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del artículo 250 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación se disponga la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto;
- 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 identificado se realicen las medidas indicadas en los incisos a) y b) con control judicial y notificación a la Defensa Pública Oficial".

Como consecuencia de lo anterior, también dispuso la creación de la primera "Sala Gesell" del Ministerio Público Fiscal.

Resulta coherente, entonces, establecer en el orden nacional –en consonancia con los nuevos estándares internacionales– la necesidad de que la declaración se tome en una sola oportunidad, por parte de un especialista en niños, con la presencia del juez y las partes en otra sala siguiendo las alternativas del acto a través de una cámara Gesell o un televisor conectado en circuito cerrado, entre otros mecanismos posibles.

Sin embargo, la manera en que hasta ahora ha sido incorporado a las normativas provinciales es muy dispar, así como su ejecución. De modo que, según en la jurisdicción territorial donde se encuentre un menor víctima y testigo de delitos de abuso sexual, puede declarar en una sola oportunidad, interpelado sólo por un psicólogo, en una sala especialmente equipada (declaración que es grabada en video para ser reproducida en las distintas instancias de un juicio), o tener que declarar varias veces frente a un juez, fiscal y las partes, en un espacio que no garantiza la preservación de su privacidad.

Con el objeto de revertir esta situación y homogeneizar la manera en que se toma la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos, respetando al máximo de los estándares internacionales, se ha previsto en adelante proveer de herramientas específicas, consistentes en equipamiento para la video grabación digital en un juzgado por provincia, capacitación y asistencia para la utilización adecuada de equipos acordes.

Hasta el momento, juzgados de nueve provincias se encuentran equipados en tal sentido, y usan estos modelos para tomar las declaraciones de los menores víctimas y testigos de delitos y violencia intrafamiliar (Catamarca, Córdoba, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Santa Cruz, Formosa, Misiones y Santiago del Estero). Mientras tanto, el resto de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están acondicionando el espacio físico para poder empezar a usar los equipos.

Para concluir, parece significativo ilustrar aún más nuestro tema, enunciando lo que dentro de la Unión Europea es conocido como el caso "Pupino", que contiene claras especificidades sobre las controversias que pueden presentarse en el juzgamiento de las víctimas menores de edad.

Se trata de una sentencia dictada el 16 de junio de 2005 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. María Pupino era una profesora de escuela primaria de Italia, imputada por "abuso de medidas disciplinarias" y "lesiones agravadas" contra sus alumnos menores de edad. Durante la instrucción de la causa surgió, respecto de la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo Europeo, una duda relativa al estatuto de la víctima del proceso penal. A tenor de lo dispuesto por la ley procesal de Italia, el Ministerio Público Fiscal o el imputado en un proceso penal "podrán solicitar que se practique mediante incidente probatorio la prueba testifical en un menor de 16 años, incluso al margen del incidente probatorio ordinario previsto para la fase del juicio oral". De esta manera, la víctima puede testificar en un momento procesal distinto al habitual y en condiciones especiales.

El incidente procesal garantiza una especial protección a las víctimas menores de edad al establecer que "el examen podrá tener lugar fuera de la sede del tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales deberán ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual. En caso de no contar con ellos, el juez recurrirá a peritos o recabará asesoramiento técnico. Además se levantará acta del interrogatorio. Sólo se procederá a la transcripción de lo grabado a instancia de parte".

El motivo por el cual se le dio intervención al tribunal internacional es que el procedimiento incidental especial sólo se contempla para delitos sexuales²¹. El juez de instrucción italiano entendió que los supuestos del Código Procesal eran restrictivos y los extendió a la luz de la decisión marco 2001/220/JAI (obligación de los Estados sobre previsiones procesales de los menores de edad), en especial el art. 8°.

Algo similar entendió el Ministerio Público Fiscal que sustentó su pedido en que la práctica de la prueba debía realizarse en instrucción, dado que no se podía esperar hasta el juicio oral, por la corta edad de los testigos y un eventual proceso de represión psicológica.

Parece significativo ilustrar aún más nuestro tema, enunciando lo que dentro de la Unión Europea es conocido como el caso "Pupino", que contiene claras especificidades sobre las controversias que pueden presentarse en el juzgamiento de las víctimas menores de edad.

21 Art. 392 bis del Código Procesal italiano: "En los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos 600 bis, ter y quinquies, 609 bis, ter, quatre, quinquies y octies del Código Penal (relativos a la libertad sexual), el Ministerio Público Fiscal o el imputado podrán solicitar que se practique, mediante incidente probatorio, la prueba testifical de una persona menor de 16 años..."

La sentencia estableció que el concepto de "vulnerabilidad de la víctima" no se encuentra definido, pero que en ese caso, el término "vulnerabilidad" les era aplicable porque los podía convertir en objeto de tal calificación por su edad, su naturaleza y las consecuencias de las infracciones.

Por otra parte, los arts. 2º y 3º de la decisión marco, a la que adhirió Italia, preceptúan lo siguiente:

"2.1: Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

2.2 Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación."

"Art. 3: Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal".

La sentencia estableció que el concepto de "vulnerabilidad de la víctima" a efectos del art. 2º de la decisión marco no se encuentra definido, pero que en ese caso, como el del asunto principal en el que niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos por parte de una maestra, el término "vulnerabilidad" les era aplicable porque los podía convertir en objeto de tal calificación por su edad, su naturaleza y las consecuencias de las infracciones.

Asimismo, se dijo que según la normativa controvertida en el litigio principal, la declaración prestada durante la instrucción no debe reiterarse en la audiencia pública para adquirir el valor de prueba en toda su extensión, no obstante está permitido en determinados casos prestar dicha declaración una sola vez, durante la instrucción con el mismo valor probatorio pero según formas distintas de las exigidas en el juicio oral.

La sentencia admitió el procedimiento incidental de práctica anticipada para el caso, por cuanto la decisión marco se debe interpretar en el sentido de que el órgano nacional debe poder autorizar que niños de corta edad víctimas de malos tratos presten declaración de forma tal que se les garantice un nivel adecuado de protección, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta.

También le otorgó carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que "obligarán" a los Estados miembros "en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios"²².

Los mencionados constituyen los últimos documentos de reciente data, que servirán para continuar realizando un pormenorizado análisis de la cuestión en la actualidad, y también a futuro verificar si se trata de reales adelantos que contribuyen realmente a aliviar la angustiosa solución por la que tienen que transitar las víctimas, sin menoscabo de los derechos y garantías constitucionales de los imputados mayores o menores de edad, dentro de la misión más justa y humanizada de la justicia en materia de jóvenes.

22 He contado con la colaboración de la Dra. Carolina Morales Deganut, Jefa de Trabajos Prácticos del Dpto. de Derecho Penal de la UBA, y funcionaria del Ministerio Público Fiscal, en la obtención y traducción de este documento.



CAPÍTULO

DOS

REPRESENTACIÓN PROCESAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS Y VIOLENCIA Y PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN SEDE JUDICIAL

EL ROL DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

en la protección de los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. El caso de CASACIDN como querellante en la causa contra Grassi¹

Nora Susana Schulman²

El Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CASACIDN) es una coalición de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la promoción y defensa de los derechos de los niños y niñas en la Argentina. Desde su constitución en el año 1991, el CASACIDN se ha consolidado como un espacio de articulación de acciones y propuestas estratégicas para la incidencia en políticas públicas y para la difusión y promoción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ya que recibe a diario múltiples consultas, planteos de situaciones y denuncias de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes en distintos ámbitos de todo el país: hogar, escuela, hospitales públicos y, especialmente, en el ámbito judicial. Nuestra misión consiste en contribuir al cumplimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a través de una tarea permanente de capacitación, sensibilización, vigilancia y denuncia del cumplimiento de la Convención.

En estos últimos años nos han llegado denuncias de una cantidad significativa de NNA victimizados y revictimizados por el sistema judicial, ocasionadas cuando los operadores del Poder Judicial no les creen a los niños y niñas, cuando éstos son sometidos a numerosas pericias de todo tipo y cuando se los expone a situaciones donde, la mayoría de las veces, se convierten en "sospechosos".

Desde el CASACIDN, hemos asumido la responsabilidad de presentarnos como parte querellante en algunos casos de enorme relevancia social. Uno de los más resonantes en nuestro país en los últimos tiempos es la causa de *abuso sexual y corrupción de menores* llevada en contra del sacerdote católico Julio César Grassi, titular de la Fundación Felices los Niños mediante la cual construyó una estructura de poder mediático y vincular con el poder político de la década de los 90. Grassi creó un "sistema" basado en la explotación de la situación de niños pobres, a quienes exhibía en forma escandalosa, por los medios de comunicación, a fin de asegurarse donaciones de grandes empresas industriales, corporaciones bancarias y figuras conocidas del ambiente artístico.

1 Exposición en la Mesa redonda I sobre el tema: "Representación procesal de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial", organizada el día 23 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2 Directora Ejecutiva de CASACIDN, Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la CDN.

A partir del año 2002, el CASACIDN tomó conocimiento de las denuncias efectuadas por tres de las víctimas de la causa en los tribunales de Morón, provincia de Buenos Aires. Desde un primer momento consideramos admisible intervenir en este caso, dada la gravedad de la situación, acentuada por la vulnerabilidad en la que se hallaban las víctimas, desacreditadas por el sacerdote, cuyo lema era "un padre para los que no tienen padre". La misma persona que repetía una y otra vez esta frase era entonces acusada, por quienes estaban a su cuidado y guarda, de haber cometido actos aberrantes contra su integridad sexual.

Las víctimas de este caso, además de padecer situaciones de abuso, sufrieron también la falta de protección y cuidado de la persona que estaba encargada de cumplir esta función, con el agravante de que esa persona que ellos denunciaban como el abusador y que era el encargado de cuidarlos es un sacerdote que representa a la Iglesia Católica.

Las víctimas de este caso, además de padecer situaciones de abuso, sufrieron también la falta de protección y cuidado de la persona que estaba encargada de cumplir esta función, con el agravante de que esa persona que ellos denunciaban como el abusador y que era el encargado de cuidarlos es un sacerdote que representa a la Iglesia Católica.

Desde el CASACIDN se tomó entonces la decisión de entrar en contacto con las víctimas para escuchar atentamente sus declaraciones: tres menores que, al momento de ser perpetrado el abuso, tenían nueve, trece y dieciséis años de edad. En principio se realizaron entrevistas con dos de ellos, que declararon en ese momento, y luego con el último, que realizó sus declaraciones ante la Justicia cuatro años después porque –a diferencia de los dos anteriores– aún vivía en la Fundación Felices Los Niños y no tenía posibilidades de vivir en otro lugar. Su situación era particular por las sensaciones contradictorias que derivaban, por un lado, del respeto y cariño por la persona y, por otro lado, del temor, la incertidumbre y la confusión que le generaba la situación de abuso de la cual había sido víctima. Se sentía "culpable" por lo que le pasaba (es éste un síntoma claro que se presenta en las víctimas de abuso de acuerdo con los especialistas), por ello estuvo tanto tiempo en silencio, sin poder asumir lo que le estaba pasando. Cuando pudo revelar su verdad, ayudado por un tratamiento psicológico, rompió lo que los expertos llaman el "hechizo" o la seducción que ejercía el cura sobre él, una demostración del poder que llegó a paralizarlo psicológicamente.

Una vez que tuvimos acceso a las declaraciones que se habían presentado en sede judicial, logramos tener una cabal comprensión de las condiciones de temor e incertidumbre por las que estaban pasando las víctimas y las amenazas y coerciones que sufrieron desde el momento en que declararon en la fiscalía. Las víctimas también recibieron numerosas amenazas desde el interior y desde el exterior de la Fundación, voces de reproche, intimidación, desprestigio, provenientes del entorno del cura y de sus propios abogados defensores que tuvieron una fuerte presencia en los medios de comunicación.

Cabe destacar que la defensa jurídica del sacerdote estuvo, en diversas etapas, compuesta por una veintena de abogados, quienes, no sólo se encargaban de defender a su cliente ante los tribunales, sino de amedrentar a las víctimas, debilitar su fortaleza, desprestigiar sus dichos y, en algunos casos, inventar causas que colocaban a las víctimas como "abusadores" de otros chicos. Por todas estas cuestiones, es importante resaltar el coraje y la valentía de los jóvenes víctimas en el momento de brindar su testimonio ante la Justicia y en su determinación de continuar con la causa.

Hoy, mientras el sacerdote Grassi (que, supuestamente, se encuentra bajo un sistema de prisión morigerada, muy parecido a la más absoluta libertad) se muestra desafiante ante los micrófonos y las cámaras de televisión, las víctimas viven bajo un sistema de protección de testigos: custodiados y restringidos en sus derechos.

Grassi dice ser víctima de un complot multitudinario destinado a perjudicarlo, sin que quede claro un solo motivo de esa irreal denuncia. Sin embargo, las verdaderas víctimas son otras y su testimonio junto con las pericias complica cada vez más la situación del sacerdote católico. Curiosamente, la única pericia psicológica a la que accedió someterse –e incorporada como prueba en el juicio– fue realizada en otra causa contra el cura, iniciada en los tribunales de El Calafate, al sur de la Argentina. Los resultados de esta pericia determinaron que el cura tiene “indicadores similares a los que poseen delincuentes sexuales”.

El CASACIDN ha trabajado siempre y lo seguirá haciendo con la más absoluta claridad para defender los derechos de los NNA, sin tener en cuenta las falsas y agraviantes acusaciones realizadas por Grassi y sus abogados contra los miembros de la organización, amenazas que se han reiterado a lo largo de estos años. Por este motivo, deseamos que la participación en el juicio como querellante represente un punto de inflexión respecto del rol de las organizaciones de la sociedad civil en la protección de las víctimas de abuso sexual y que, mediante estas acciones, se pueda ayudar a tomar conciencia sobre aquello que sucede a puertas cerradas, aquello de lo que no se habla.

La actuación del CASACIDN en el caso

En primer lugar, el CASACIDN se presentó en la Justicia con una acción de garantía de amparo contra la omisión e incumplimiento por parte de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) a los fines de resguardar la identidad de los niños que habían sido víctimas de abuso sexual y corrupción. El amparo aspiraba a que no se divulgaran los nombres y las fotografías de los menores que habían realizado las denuncias ante la fiscalía.

De acuerdo a lo evaluado por el CASACIDN y lo solicitado en la presentación judicial, se buscaba la protección de los niños alojados en la Fundación Felices los Niños y, en particular, de los que habían ofrecido su testimonio en la causa contra el sacerdote. Esta protección debía operar frente a actos que podían comprometer y cercenar sus derechos constitucionales, afectando su intimidad, su salud física y mental y con posibilidad de dejarlos en una situación de indefensión, revictimizándolos nuevamente.

El CASACIDN decidió llevar adelante esta acción en virtud de que, al día siguiente de la declaración de las víctimas en sede judicial, varios medios de comunicación publicaron fotos y nombres de quienes, al momento de la declaración, aún eran menores de dieciocho años de edad. De esta manera, conforme con la declaración presentada, se solicitaba que se prohibiera inmediatamente la publicidad por cualquier medio periodístico de todo dato que pudiera conducir a revelar la identidad de personas que ya hubieran declarado en la causa en contra del sacerdote y, preventivamente, de cualquier persona menor de edad que hubiera estado o esté alojado y/o al cuidado de Grassi o de la Fundación Felices los Niños y/o de cualquier persona bajo su dependencia.

En segundo lugar, el CASACIDN realizó una presentación judicial de mayor entidad, con el objetivo de actuar como parte querellante de la causa, invocando su condición de persona jurídica encargada de velar por el cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por nuestro país en la Constitución Nacional, de acuerdo a la reforma realizada en el año 1994.

Deseamos que la participación en el juicio como querellante represente un punto de inflexión respecto del rol de las organizaciones de la sociedad civil en la protección de las víctimas de abuso sexual y que, mediante estas acciones, se pueda ayudar a tomar conciencia sobre aquello que sucede a puertas cerradas, aquello de lo que no se habla.

La presentación se realizó de acuerdo al estatuto del CASACIDN, en el que claramente se establece que "... el Comité tiene la facultad, en virtud del seguimiento de la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de impulsar todas las acciones administrativas y judiciales que estime correspondientes". En función de la reglamentación de nuestra institución y en conjunto con lo dispuesto en estos documentos internacionales, el CASACIDN se presentó como **sujeto activo** de la pretensión invocada y solicitó que se lo tenga como particular damnificado.

Mediante esta figura judicial, el CASACIDN gozó de los privilegios de poder actuar como sujeto parte del proceso, ejerciendo todas las facultades y atribuciones que implica oficiar como sujeto activo del proceso.

Mediante esta figura judicial, el CASACIDN gozó de los privilegios de poder actuar como sujeto parte del proceso, ejerciendo todas las facultades y atribuciones que implica oficiar como sujeto activo del proceso.

En un contexto de permanente dilación de justicia, ante la imposibilidad de la elaboración del trauma por parte de las víctimas, nos encontrábamos ante un claro perjuicio de su salud psicofísica y ante la vulneración de sus derechos. Por ello, entre las múltiples peticiones que se realizaron en esa presentación, donde se detalló de manera pormenorizada la situación en la que se encontraba la causa, la vulneración de los derechos de los niños víctimas de abuso y los comportamientos lindantes con el delito de parte de la defensa del acusado; la más importante se centró en la solicitud de que se resguardaran las garantías de las víctimas.

En este momento, después de más de siete años de trabajo, nueve largos meses de juicio oral, más de doscientos testigos, presentaciones de pericias y pruebas documentales, terminó el juicio por abuso sexual, corrupción de menores agravada y amenazas coactivas contra el sacerdote Julio César Grassi.

El Tribunal Criminal Número 1 de Morón condenó al sacerdote a quince años de prisión, aunque le concedió el privilegio de una libertad morigerada y no irá a la cárcel hasta que la condena quede firme. Mientras tanto, el cura puede volver a la Fundación Felices los Niños, lugar donde ocurrieron los abusos sexuales que fueron considerados probados por la Justicia.

Así concluye un proceso plagado de irregularidades, en el cual Grassi gozó de los beneficios procesales que, en general, no se conceden a imputados de delitos en su misma situación. Desde el comienzo de la causa, vivió en una casa quinta con todas las comodidades, ubicada frente a la Fundación Felices los Niños, hecho que le permitió seguir ejerciendo el control de la institución y acceder a los testigos clave y potenciales víctimas, quienes, mediante intimidaciones o prebendas, no pudieron contribuir con su testimonio a esclarecer los graves hechos que se le imputaban al cura o, quizás, prevenir la reiteración de los hechos delictivos.

Desde CASACIDN, en su rol de querellante en la causa, recibimos el fallo del Tribunal con sensaciones contradictorias. Aunque la Justicia encontró culpable al sacerdote por dos hechos de corrupción incoados a un niño de trece años de edad, los otros casos de los jóvenes víctimas no fueron tomados en cuenta y Grassi resultó absuelto. Hoy, estos niños que fueron víctimas no tienen reparación alguna por los abusos que padecieron.

Resulta, a su vez, inadmisibles que una persona condenada por semejantes delitos pueda visitar la Fundación las veces que quiera mientras que lo haga acompañado por una persona de su confianza y durante el día. Esta medida es incomprensible, nadie puede pensar que los abusos sexuales sólo se cometen de noche y que la presencia de alguien del entorno de Grassi alcanza para evitar que vuelvan a ocurrir. ¿Cómo puede la Justicia permitir que alguien condenado por abuso sexual y corrupción de menores visite libremente una institución que alberga niños y niñas?

El CASACIDN ha actuado intensamente todos estos años con el único propósito de resguardar los derechos las víctimas gravemente afectadas por los hechos cometidos por el sacerdote. Seguiremos trabajando con la misma intensidad y convicción para lograr una condena de cumplimiento efectivo para todos los casos presentados en la declaración de las víctimas, porque estamos convencidos de que la Justicia les debe a los jóvenes la restitución de sus derechos vulnerados y la reparación de los daños sufridos.

El CASACIDN ha actuado intensamente todos estos años con el único propósito de resguardar los derechos las víctimas gravemente afectadas por los hechos cometidos por el sacerdote.

LA CAPACIDAD PROGRESIVA



El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos¹

Nelly Minyersky²

1. Introducción

En el artículo anterior, la licenciada Nora Schulman hizo referencia al caso del padre Grassi, que tramitó por ante el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Morón. Expuso con toda crudeza la necesidad de abordar el tema de la doble victimización que sufren los niños al ser sujetos pasivos de un delito, cuando la justicia les impide el acceso a ésta o cuando, al verse involucrados en un proceso, no se tienen en cuenta su interés superior ni su calidad de persona en situación de vulnerabilidad.

El juicio en el cual se produjeron los hechos invocados en la querrela citada acaeció durante la adolescencia de los involucrados; este juicio, en el que se procesó y condenó a Julio Grassi³, representa un ejemplo acabado de la falta de cuidado de las víctimas. Es cierto que en ese caso ya son jóvenes mayores de edad desde el punto de vista civil y penal, pero ciertamente los hechos invocados acaecieron en pleno transcurso de su niñez y seguro dejaron huellas indelebles en sus vidas.

La representación procesal de los niños y/o adolescentes víctimas, su protección y cuáles son sus derechos en sede judicial constituye un tema que abarca tanto cuestiones civiles como penales. Por ello, a pesar de mi condición de civilista que sólo ha abordado tangencialmente institutos del derecho penal por su relación con el derecho de familia, acepté este desafío. A continuación, analizaremos derechos de distinto tipo y para ello deberemos abreviar tanto –y en especial– en normas del derecho constitucional como del civil y procesal. En primer término, se debe trabajar sobre un tema fundamental: la “capacidad civil y procesal de los niños, niñas y adolescentes”, instituto éste motivo de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, a pesar de haber sido receptado a nivel constitucional la Convención de los Derechos del Niño⁴ (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y legislativamente en la ley 26.061⁵) el concepto de capacidad progresiva.

3 Este caso ya tuvo resolución en primera instancia. Sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Morón, el 10-6-2009.

4 La CDN ha sido el tratado de derechos humanos que más rápidamente entró en vigor en la historia de todos los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención. A la fecha, solo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Cf. BELOFF MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pág. 2. Al respecto, resultan de interés las razones que la autora describe, que, en su opinión, explican la generalizada firma y ratificación del tratado. En la Argentina, la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, en adelante CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7-7-1992.

5 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28-9-2005.

1 Exposición en la Mesa Redonda “Representación procesal de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial”, con agregados posteriores por parte de la autora.

2 Abogada, Profesora Consulta de Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires, Directora de la Maestría Interdisciplinaria de Especialización de Posgrado en Problemáticas Sociales Infante Juveniles, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora en la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires. Investigadora permanente de la Universidad de Buenos Aires, UBACyT.

¿Qué potencialidad se le exige o se le requiere a un niño, niña y/o adolescente, sujeto de derecho cuando se enfrenta ante una situación de victimización? Por su parte, los niños no sólo sufren como víctimas de actos relativos a la ley penal. Seguramente son más numerosos los niños víctimas de hechos ilícitos que no alcanzan la tipología penal, que tampoco pueden ejercer sus derechos en el ámbito judicial debido. Vaya como ejemplo los niños involucrados en divorcios malignos cuyos padres dirimen tenencias y sistemas de convivencia y/o contacto, tratándolos como objetos vehiculadores de sus problemas de pareja, sin tener en cuenta las necesidades y pesares de sus hijos.

En el tratamiento específico de la capacidad progresiva conviene preguntarse si es positivo para un niño, niña y/o adolescente participar en el proceso, si ese beneficio se corresponde con cualquier tipo de proceso y si debemos investigar también esta temática diferenciando los tipos de delito.

En primer término, debemos señalar que frente al niño, niña y/o adolescente la respuesta debe abordar un amplio abanico de situaciones que exceden el marco judicial y que van desde las asistencias médica y psicológica hasta la provisión de subsidios, etc. Este abordaje debe realizarse dentro de un marco otorgado por nuestras normas constitucionales y leyes que las operativizan, en especial la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, que contienen los principios estructurantes de la norma internacional: autonomía, libertad, participación, no discriminación, etc. ¿Qué instrumentos podemos crear los adultos en este campo que permitan efectivizar los derechos que consagran las normas invocadas? En el tratamiento específico de la capacidad progresiva conviene preguntarse si es positivo para un niño, niña y/o adolescente participar en el proceso, si ese beneficio se corresponde con cualquier tipo de proceso y si debemos investigar también esta temática diferenciando los tipos de delito.

El niño víctima posee distintos derechos exigibles en diferentes ámbitos; algunos tienen relación con el ámbito administrativo y otros se deberán efectivizar solamente en sede judicial, penal o civil. El derecho que le asiste a recibir asistencia psicológica o médica por daños en su salud, ya sea física o psicológica producto o consecuencia del delito sufrido puede ser ejercido por el niño siguiendo los estándares de la Convención de los Derechos del Niño, art. 12, en especial si sus progenitores no ejercen éstos en su nombre.

Considerar que él no puede cuidar su propia salud, exigiendo las prestaciones que le son debidas, aparejaría una indefensión total y una flagrante violación de un derecho humano como el derecho a la salud. Este restablecimiento de derechos encuentra normativas expresas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por ejemplo, los arts. 37, 38, 39 y concordantes de la ley 26.061 podrían constituirse en instrumentos aptos para ello.

2. De la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Es interesante apreciar cómo el concepto de defensa de derechos se ha ido planteando en distintos ámbitos y con distintas características.

Hace años, cuando se hablaba de defensa en juicio y/o de violación de derechos respecto de adolescentes infractores a la ley penal, se planteaba la necesidad de otorgarles mecanismos adecuados para el resguardo de sus derechos. Recordemos al efecto, el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, entre otras disposiciones, establece que los Estados Partes reconocen "el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros", garantizando

que "se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley", "que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él...", y otra serie de garantías procesales para el niño infractor o supuestamente infractor de leyes penales. Las Directrices de Riad⁶ se refieren a reglas para la prevención de la delincuencia juvenil, promoviendo la aplicación y la promulgación "de leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes" y de leyes que "prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas", estableciendo que "a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven". Y por último, las Reglas de Beijing⁷, un importante cuerpo que reconoce los derechos específicos que tienen los menores, que establecen que: "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior". Como se puede observar, estos tres importantes instrumentos sobre los derechos de los niños tratan la temática de la participación en juicio del niño infractor a la ley penal.

Luego se trasladó esta defensa en juicio a otros ámbitos más propios de la justicia civil y se le fue dando mayor entidad. Se toma como base el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el art. 3º, que establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones 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", y junto con el art. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, posibilitaron la participación de los niños, niñas y adolescentes en los juicios derecho de familia.

La evolución no debe detenerse en la defensa de los derechos de los niños ya que estos les corresponden como sujetos de derecho. Por el contrario es necesario avanzar reconociéndoles autonomía para el ejercicio de la defensa, dado que no siempre resulta suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento se fue avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento del niño como parte en todo proceso en el que esté involucrado y el derecho a tener patrocinio letrado, art. 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Y ya este reconocimiento de los niños como sujeto de derecho les allana el camino no sólo para que sean escuchados sobre su elección del padre con quien desean convivir, sino también para reclamar los derechos económicos y sociales que les corresponden, como los de salud, educación, etcétera.

La evolución no debe detenerse en la defensa de los derechos de los niños ya que estos les corresponden como sujetos de derecho. Por el contrario es necesario avanzar reconociéndoles autonomía para el ejercicio de la defensa, dado que no siempre resulta suficiente la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público.

6 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14-12-1990.
7 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28-11-1985.

Esta evolución se dio tanto en la Argentina, como en toda América latina. En efecto, estamos trabajando permanentemente en el tema del abogado del niño o adolescente que introduce el art. 27º de la ley 26.061, un elemento sustancial en todas estas distintas esferas. Porque debemos pensar ¿qué sucede cuando hay una violación a un derecho y los padres del niño, niña o adolescente no reclama o no lo defiende?, debemos permitir a esa persona, a quien le reconocemos autonomía, acceder a la justicia de todas formas.

¿Qué debe entenderse por defensa de la víctima? Cuando se habla de defensa de la víctima, en realidad se plantea la vigencia real de sus derechos como tal, porque si se violan estos o no son operativizados, cabe acudir al derecho de defensa.

Cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Las consideraciones previas se aplican a este tema que nos convoca, porque hay una defensa que, si bien tiene distintos aspectos, debe esgrimirse siempre si existe una violación de los derechos de un niño, niña y/o adolescente cuando ha sido víctima de un delito. Aunque no contamos con una legislación específica, como un estatuto del Niño Víctima, sí existe una trama de derechos que va a ser detallada en los apartados correspondientes a legislación internacional y nacional y local, que permite la correcta defensa de los derechos de los niños que son o han sido víctimas de un delito.

3. De la victimización primaria y secundaria

La experiencia de sufrir un delito indudablemente queda grabada en la memoria emocional de la persona. Y cuando ésta es un niño, niña o adolescente, sin duda la vivencia dejará huellas aún más profundas y la forma de enfrentarse a su realidad dependerá de factores diferentes a los de la cosmovisión adulta. La causa penal que se abre ante la comisión de un delito instala como activo participante a la víctima. Cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Para responder a este interrogante, además de tener en cuenta el tipo de víctima, también debemos analizar si hay diferencias en el tipo de delito, y qué tipo de derechos se pretenden proteger. Estas consideraciones deben practicarse para estudiar la legitimidad para interponer la acción y cómo será la actuación en los distintos momentos del proceso.

En la investigación "Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños", realizada por Christian Anker Ullrich⁹, se concluye que conviene dar participación a los niños y/o adolescentes en el proceso, en especial en el proceso penal, teniendo en cuenta que pueden asumir distintas formas. Una de ellas –correspondiente a la casuística penal– es meramente instrumentalista: se hace participar al niño, no como víctima, sino como colaborador para determinar si el imputado es culpable o no: o sea, sólo se lo utiliza. Por el contrario, una actitud distinta

8 Ley 26.061. "Art 27. – Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o 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 derechos 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, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

9 Christian Anker Ullrich, Psicólogo Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Valparaíso, Chile en "Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños", *Revista N° 5 de Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, pág. 119 y sig.

considera al niño como sujeto participante en el proceso en su propio interés. En este sentido, que se cumpla con el debido proceso le servirá al niño, niña y/o adolescente a superar su situación de víctima, pues –como sostiene Ullrich– “esta participación cobra especial valor y complejidad en los menores de edad, tanto porque su capacidad de responder a las expectativas psicojurídicas son cualitativamente diferentes a la de los adultos, tanto porque la cosmovisión está recién en formación, abriéndose a la acción intersubjetiva”¹⁰. Aquí observamos la marcada diferencia en la posición en que se ubica a los niños/as víctimas. Es en este momento en que la ley debe encargarse de proteger al niño/a víctima para que no vuelva a sufrir lo ocurrido, exponiéndolo constantemente en el proceso penal a revivir la agresión, lo que conduce a la victimización secundaria, todo ello, sin descuidar el proceso que persigue el castigo del delito al responsable.

Cada persona, y en especial los niños, niñas y adolescentes, luego de una situación traumática transitan un proceso de duelo. En algunos casos “la participación en el proceso penal en un menor se convierte en un ‘rito’ donde puede elaborar discursiva y mímicamente su duelo y dolor, frente a un mundo de significados que lo objetivará y traducirá mediante la judicialización”¹¹. Si al niño que ha sufrido esta herida, además se le oculta el proceso y sus características, se lo está privando, no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir. El niño víctima se pregunta quién es ahora y quién era antes.

En esta investigación se diferencia “quién soy ahora” y “quién era antes”, intentando recobrar la vivencia positiva del “antes” cuando no había sido víctima de un delito, ni sufrido una agresión. El hecho de la victimización primaria, o sea, de la agresión por el delito lo hace sentir en una etapa negativa y desgraciadamente esto que los estudiosos llaman “espera”, que es el tiempo de proceso, puede vivirse como una revictimización innecesaria que lesione lo positivo que puede aportar el proceso cuando mediatiza a través de la justicia una especie de sanación, una especie de respuesta social que mejore, que cure y que permita hacer el duelo. Muchas veces los niños víctima de delitos, puesto en palabras del investigador: “para estructurar su experiencia y dar cuenta de sí mismos, operan a partir de una oposición entre ‘el que era antes’ y ‘el que soy ahora’, como vivencia ante un delito violento, pero también y especialmente ante la experiencia de participar en un proceso penal, que intenta mediar en la reparación social que se pudo lograr de esa experiencia original. Mientas ‘el que era antes’ engloba todos los aspectos deseables de sí mismos, que dan cuenta de la construcción de una existencia positiva, durante el proceso penal la vivencia de sí mismos, ‘el que soy ahora’, proporciona elementos de identificación negativa. La proyección hacia el futuro, ‘el que quiero ser’, se esboza a partir del deseo de estabilizar en el tiempo las cualidades personales percibidas en sintonía con su anhelo de integración psicosocial”.

Evidentemente la forma y modos de participación del niño víctima en el proceso son sustanciales a los efectos de que esta participación se convierta en un hecho beneficioso para su estructuración social y recuperación. Estas reflexiones se aplican tanto para las cuestiones penales como para las civiles, con las graduaciones lógicas, atento a la distinta gravedad de los hechos, edades y capacidades de cada niño, atendiendo a su progresividad.

Si al niño que ha sufrido esta herida, además se le oculta el proceso y sus características, se lo está privando, no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir. El niño víctima se pregunta quién es ahora y quién era antes.

¹⁰ ANKER ULLRICH, Christian, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, *Revista N° 5 de Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, pág. 119 y sig.
¹¹ Ídem.

4. De la capacidad progresiva

Si bien en este trabajo no pretendemos analizar el tema de la capacidad progresiva, tema que fuera objeto de trabajos anteriores, nos interesa incorporar algunos conceptos para que el estudio de la participación de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en los procesos judiciales cuente también con este abordaje infaltable.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de definírseles por sus carencias, o por considerar a la niñez y adolescencia como etapas previas a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos.

De ahí que debemos reiterar que la consideración del niño como sujeto de derechos, principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que el derecho tradicionalmente ha tenido frente a las personas menores de edad, con relación a su consideración como incapaces para participar en el sistema jurídico¹², y su utilización como objetos que ayudarán al proceso jurídico a llegar a la verdad.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de definírseles por sus carencias, o por considerar a la niñez y adolescencia como etapas previas a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, más aquellos que les corresponden específicamente por su condición de niños.

La afirmación del niño y adolescente como personas en condición peculiar de desarrollo no puede basarse apenas a partir de que el niño no sabe, no tiene condiciones y no es capaz. Cada fase de desarrollo debe reconocerse como revestida de singularidad y de completitud relativas, o sea, el niño y el adolescente no son seres inacabados en camino de una plenitud a consumarse en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades personales cívicas productivas plenas. Cada etapa es, a su manera, un período de plenitud que debe comprenderse y acatarse por el mundo adulto, a saber, por la familia, la sociedad y el Estado¹³.

Debemos pensar la forma de poner a disposición de niños, niñas y/o adolescentes todos los mecanismos necesarios para el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares, respetando la necesidad de cada uno de acuerdo a su capacidad progresiva. En este mismo sentido, ya la Convención de los Derechos del Niño habla del derecho del niño de formar su juicio propio y expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño, como se plasma en el art. 12 de dicho cuerpo normativo citado previamente. Y a nivel local, la ley 26.061 en su art. 24 reafirma dicho derecho¹⁴, y el art. 27 establece las garantías mínimas de procedimiento¹⁵ en los casos en que participen niños, niñas y/o adolescentes, y el art. 19 plasma su derecho a la libertad¹⁶.

12 FANLO CORTÉS, Isabel, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate", *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 4, UNICEF, noviembre de 2002, págs. 67 y 68.

13 GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, "Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais", Brasil, Maleheiros editores, 1992.

14 Ley 26.061, art. 24: "Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les 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 desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

15 Ley 26.061, art. 27, cit.

16 Ley 26.061, art. 19: "Derecho a la libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente".

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un reciente fallo¹⁷ ha dicho que "a partir de la sanción de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño" y además que es "incuestionable que el derecho positivo actual ha incorporado los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes; que obviamente apunta no ya a la capacidad de derecho o de goce (desde luego, reconocida en el Código Civil en igualdad con los adultos) sino a la capacidad de hecho o de ejercicio. En efecto, dicha capacidad de hecho surge –en primer lugar– de los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en la Argentina a tenor del art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna. Repárese que su art. 5º dispone que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los tutores, u otras personas encargadas legalmente del niño, deben impartirle a éste 'dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención'. El art. 12, tan invocado, hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños 'en condiciones de formarse un juicio propio', 'teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez'. El art. 14, en fin, reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, agrega que los adultos encargados de su cuidado deberán 'guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades'".

Se entiende que tanto la Convención sobre los Derechos del Niños como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Es decir, la capacidad sería la regla y la incapacidad, la excepción¹⁸. De esta manera, se encontraría invertida la carga probatoria o el *onus probandi*, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. Por tanto, quien alegue lo contrario debería probarlo¹⁹.

Retomando algunas ideas desarrolladas en los apartados anteriores, debemos atender a la capacidad indeterminada que receptan la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, pues está sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas, como el derecho a la integridad personal, a la libertad, a la educación, a la salud, a la justicia, a transitar, el derecho de asociación, entre otros. En otras palabras, para el ejercicio de tales derechos, o ante la violación de ellos, no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada. Por el contrario, las distintas edades fijadas en el Código Civil y leyes complementarias²⁰ se refieren, por lo general, de manera directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial. Se trata de estudiar si el régimen actual en materia de capacidad civil es –y en qué medida– armonizable o compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Para ello, entendemos necesario llevar adelante, de manera previa, un "test de capacidad", por lo cual debiera preguntarse si determinada situación involucra el ejercicio de un derecho personal (para el cual no hay una edad pre-fijada) o el ejercicio de un derecho patrimonial (para el cual la normativa de fondo dispone alcanzar una determinada edad)²¹.

Se entiende que tanto la Convención sobre los Derechos del Niños como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Es decir, la capacidad sería la regla y la incapacidad, la excepción.

17 "K, M y otro c. K, M. D.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 19-3-2009.

18 Al respecto, Baldareñas afirma: "Los niños y jóvenes menores de edad son personas capaces sujetas a una potestad ajena a la impuesta con una finalidad claramente protectora". En este sentido, concluye –de manera un tanto más restringida que la postura defendida en el presente documento– que "La mínima y la inexistencia de limitación, son casi la regla respecto de los niños y jóvenes mayores de 14 años, salvo en los actos de índole patrimonial" (BALDARENAS, Jorge A., ¿Son los "menores" ... incapaces?, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, nro. 11, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 89).

19 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 43 y sig.

20 Por ejemplo, 18 años para testar, misma edad para adquirir bienes con el fruto del trabajo, 14 años para reconocer hijos, 10 años para la responsabilidad por actos ilícitos, etcétera.

21 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad...", cit.

Habiendo repasado brevemente el concepto de capacidad progresiva de los niños y niñas, y si compartimos que existe una competencia nueva y una capacidad en progresión que se le reconoce a los niños y adolescentes, tenemos que pensar que, al existir esa capacidad de formarse un juicio propio como lo describen los artículos citados, el niño, niña o adolescente, entonces, debe ser informado tanto de la existencia del proceso penal como de su derecho a asistencia legal, así como de sus derechos económicos y sociales, y debe ser luego llamado a participar. Por ello, algunos tratadistas sostienen que en la primera oportunidad el fiscal o el juez, según la materia que se esté tratando, debe citar a los representantes legales –en general, los padres– y al niño, e informarles de todas las posibilidades en las que pueden derivar su causa.

5. De los niños, niñas y adolescentes y su legitimación activa

En tanto estamos estudiando la situación del niño, niña o adolescente como víctima de delitos, no sólo vale limitarnos a pensar cómo deben considerarse las audiencias, qué cuidados particulares vamos a aconsejar y exigir a lo largo del proceso, sino que se debe apuntar específicamente al inicio del proceso.

Al existir esa capacidad de formarse un juicio propio, el niño, niña o adolescente, entonces, debe ser informado tanto de la existencia del proceso penal como de su derecho a asistencia legal, así como de sus derechos económicos y sociales, y debe ser luego llamado a participar.

La legitimación de niños, niñas y adolescentes para querellar no puede desecharse. Y no se debe temer; cuando se habla de la capacidad de formarse un juicio propio, se lo hace con relación al tipo de acto, se debe trabajar capacidad y competencia siempre relacionadas al acto que estamos analizando. Podemos presumir, de acuerdo a éste, si un niño tiene capacidad y competencia. Si un niño, niña o adolescente se dirige a un servicio hospitalario a los fines de informarse sobre sus derechos reproductivos y se lo provee de insumos a tal efecto, está realizando un acto de beneficencia, procurando algo en beneficio de su salud. Cuando los niños, niñas o adolescentes requieren los servicios de la justicia, también se trata de actos de beneficencia, quieren ampararse en las prestaciones que debe proporcionarles el Estado a través de sus distintas instituciones. Nuestro deber consiste en analizar todas estas situaciones a través del prisma de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la legislación interna concordante. El niño es víctima porque alguien, o sus padres, o la sociedad o el Estado, en la mayoría de los casos no lo cuidaron suficientemente, y sufre un efecto disvalioso porque se violaron sus derechos. Ante ello, no es posible que los adultos dejen de brindarle todos los servicios que le son debidos como víctima, solamente por el hecho de ser menor de edad y no requerirlos al no estar acompañado por sus padres.

Y es aquí donde cabe señalar que la capacidad civil existe siempre. Se ha dicho que la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 han invertido la situación en materia de capacidad, siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción. Como ya dijimos, la regla es que todos tienen capacidad; si se pretende que alguien no la tiene, deberá probarse, y siempre teniendo en consideración el acto para el que se requiere capacidad. Y siendo la regla la capacidad y la incapacidad la excepción, lo único que existe es una delegación momentánea, porque lógicamente un niño de seis meses víctima de un delito va a necesitar que los padres lo defiendan, y si no es así, o si precisamente son sus padres los victimarios, debemos estudiar cómo se ponen en marcha otros mecanismos para que sus derechos no se vean afectados.

Es importante abordar los conceptos de representación, asistencia y cooperación al estudiar la capacidad evolutiva. Se puede afirmar que éstas constituyen tres figuras graduales, coincidentes con el desarrollo alcanzado por quien se trate. Así, la representación quedaría reserva-

da (de manera restringida) a los supuestos donde los niños cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. Cuando se avanza un poco más, entraría a escena la figura de la asistencia (principalmente por parte de los padres o representantes legales) y, de manera amplia, todo otro supuesto donde no se demuestre la incapacidad constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación²².

Al abordar este tema nos encontramos con distintos momentos y necesidades, observamos la legislación de diverso orden y jurisprudencia que nos hablan de diferentes derechos del niño víctima, pero muchas veces no aparece con la claridad necesaria el derecho del niño víctima a ser denunciante y menos a ser querellante. La ley 26.061, si bien reconoce en su art. 27 el derecho a la participación en el proceso y expresamente en los incs c) y d) nos habla de ser parte con asistencia letrada propia y especializada, parecería que esa redacción no es suficientemente explícita para algún sector de la doctrina y la jurisprudencia, todavía reacio a aceptar al niño como sujeto de derecho capaz de ejercerlos.

5.1. Figura del abogado del niño

Una persona puede participar en un proceso a través de la autodefensa o por medio de una defensa técnica. Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón resultará imprescindible cuando la persona es menor de edad y en situación de vulnerabilidad. Este menor de edad no tiene la misma inserción social que los mayores, así como no ha recibido toda aquello que la cultura nos va proporcionando y estructurando como seres humanos plenos. Por ende, es necesario asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea, por un abogado. Así como se ha avanzado reconociendo el derecho del niño a ser oído y aun a tener un abogado cuando es infractor a la ley penal (Directrices de Riad y Reglas de Beijing), debemos ahora reconocer el derecho de los niños víctima a tener un profesional que les brinde y les provea todo lo que la ley hace a la defensa de sus derechos. El abogado del niño, figura existente en numerosos países, es nueva en nuestro país y ha comenzado a abrirse camino con distinta suerte en la doctrina y en la jurisprudencia. A esta figura le ha dado gran impulso la sanción de la ley 26.061, que expresamente le reconoce entidad legal en su art. 27 y en su decreto reglamentario²³.

Es necesario asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea, por un abogado.

El rol del abogado del niño en asuntos de derecho de familia, cuando se debaten cuestiones de tenencia o sistemas de contacto, tiene cabida en el contexto de un conflicto que se generó entre sus progenitores. El abogado del niño víctima posiblemente deberá iniciar gestiones judiciales y/o administrativas en defensa de los derechos de su patrocinado, en un hecho en el cual sus padres pueden o no ser protagonistas. En ambos supuestos, los roles del profesional interviniente tienen funciones técnicas, no difieren entre ellas, ya que siempre deben tener en mira actuar y asesorar al niño para lograr la defensa de sus derechos y que siempre se tenga en cuenta su interés superior.

El abogado del niño víctima deberá acompañarlo especialmente en la querrela y/o en las acciones civiles, administrativas y/o judiciales pertinentes.

22 MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad...", cit.

23 El decreto 415/06, en su reglamentación al art. 27 de la ley 26.061, establece: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Público". Y continúa: "Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de los servicios jurídicos que garantizan el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto, podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades".

Importa reflexionar sobre el sistema para su selección y designación. La ley 26.061, art. 27, inc. c) y su decreto reglamentario nos dan las pautas a seguir. Esta selección es fundamental para el niño, por lo cual no cabe optar por una designación autoritaria. Si bien es cierto, como a continuación veremos, que la capacidad de los niños, niñas y adolescentes representa un eje de análisis en este punto, y ya existe jurisprudencia que alude al límite de 14 años como frontera de discernimiento, también lo es que, para resolver estas cuestiones, no debemos separarnos de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en cuestión de capacidad progresiva, debiendo resolverse siempre sobre el caso concreto, porque cada niño, niña y/o adolescente es una persona única e individual cuya capacidad de entender en las distintas esferas de su vida irá progresando de manera también única, individual e irrepetible.

La jurisprudencia evidencia un avance en reconocer la figura del abogado del niño, si bien no lo hace con la amplitud y rapidez necesaria.

La jurisprudencia evidencia un avance en reconocer la figura del abogado del niño, si bien no lo hace con la amplitud y rapidez necesaria. Es interesante reseñar los siguientes fallos:

- a) En el fallo "R., M. A." de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2006²⁴, en el que un profesional perteneciente a la defensoría zonal solicitó la intervención como letrado patrocinante en el proceso de protección de persona sobre un menor de edad. En ambas instancias se rechazó su pedido, fundado en que la escasa edad del niño, en su caso tres años, impedía "que pueda considerarse su actuación como parte legítima, ya que no fue elegido por el interesado, al estar éste imposibilitado de comprender la trascendencia de dicha actuación". Y en su dictamen la Defensora de Menores de Cámara expuso que "tratándose de un menor que sólo cuenta con tres años de edad y a los fines de compatibilizar la nueva figura del 'abogado del niño' prevista en el inc. c), art. 27 de la ley 26.061, al ser una abogada patrocinante y no una forma de representación, su actuación requiere del discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de catorce años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio".
- b) La Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil²⁵, en un interesantísimo fallo rechaza la presentación formulada por derecho propio por dos menores de edad con el patrocinio letrado de un abogado contratado por su madre para que los representara. A la progenitora se le atribuía haber dificultado la revinculación de los niños con el padre no conviviente durante largos años. Entre los motivos del fallo de Cámara resalta que "es bueno advertir que –como lo destacó la juez de grado en su pronunciamiento– el art. 27, inc. c) de la ley 26.061 no les confiere expresamente a los niños la atribución de designar abogado; eliminándose del proyecto original la expresión 'letrado de su confianza', y su reemplazo por la fórmula actual que es 'ser asistido por un letrado'. El ordenamiento vigente busca una real autonomía de los hijos; y mal se podrá propender a ella cuando dichos hijos aparecen asistidos por abogados que fueron contratados por un progenitor, quien además les da instrucciones, conviene sus honorarios y los paga de su bolsillo. Obrar así no es respetar la ley 26.061 sino violarla". Como antes comentáramos, se rechaza la presentación de los jóvenes con el letrado elegido por su madre, pero no se los deja sin representación, sino que se designa como abogado de éstos al profesional que se encontraba ejerciendo su cargo de tutor especial, teniendo a los adolescentes como parte en el proceso. En este mismo fallo se sostuvo que "la novedad que nos trae la ley de niño, en lo que hace al tema que nos ocupa, es que antes de la actuación procesal de ese niño –en los juicios de familia (digamos, en materia de guarda, régimen de comunicación, etc.)– se realizaba regularmente con la intervención de alguno de sus padres, en una representación que muchas veces implicaba una suerte de confusión de intereses y de roles; a tal punto que el abogado era uno solo y, en la realidad, respondía a los intereses

24 "R., M. A.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 28-9-2006, DJ, 22-11-2006, 872 – DJ 2007-I, 603.

25 "K., M. y otro c. K., M.D.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 19.03.2009, publicado en LA LEY 2009-B, 709.-

del progenitor que lo contrató, y no a los del propio niño involucrado. En cambio, con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser 'asistido por un letrado' independiente [inciso c], del mencionado artículo) y, junto a éste, 'participar activamente en el procedimiento' [inciso d] de la norma citada). En este sentido cabe insistir que no corresponde efectuar distinciones en el art. 27 que la ley niño no realiza; y esta norma ha tomado el recaudo de no exigir una edad determinada, como tampoco una madurez suficiente, para que el niño pueda –con un abogado propio– tener la debida participación en el juicio que lo involucra”, y agrega que “ya antes de la sanción de la ley 26.061 una acertada interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño sostenía que lo que ésta persigue es que los niños y adolescentes puedan desempeñar una actitud autónoma; esto es plantear –llegado el caso– una posición diferente a las fórmulas que esgriman los progenitores, pues de qué valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz. La figura del abogado del niño, entonces, tiene su andamiaje en la circunstancia de haber sobrevenido un nuevo interés autónomo, personal y de directa atención por el órgano jurisdiccional (ver Morello de Ramírez, María S. y Morello Augusto M., 'El abogado del niño', ED, 164-1180). Por otro lado, conviene destacar que en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) había anticipado estos lineamientos al declarar el derecho de los niños 'a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario". En todo el fallo se sostiene la importancia de la figura del abogado del niño, el hecho de que en este caso en particular no admitieran al que contrató la madre, sino que se designó a quien ya estaba desempeñándose como curador *ad litem*, reafirma que el abogado del niño debe ser independiente del resto de los interesados en la causa en la que el niño sea parte.

- c) En autos "L., R. c. M. Q., M. G." en los que se discutía la tenencia de dos niños de 12 y 15 años, el juez de primera instancia tuvo a éstos por parte, y la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión, alegando que "Corresponde confirmar el auto que tuvo por parte a los menores en un juicio por tenencia –en el caso, de 15 y 12 años– si éstos tienen intereses contrapuestos con sus progenitores pues, en función del interés superior del niño, ello torna conveniente que los menores tengan una asistencia letrada que traiga al juicio su voz, en forma separada al planteo de sus progenitores, independientemente de la representación promiscua que incumbe al Ministerio Público de la Defensa (del voto de la Dra. Pérez Pardo)", ya que esta actuación no puede ocasionar agravios ni a los progenitores ni a los Ministerios Públicos. En este caso, se analizó largamente el alcance del ya citado reglamento del art. 27, inc. c) de la ley 26.061, y se discute si autoriza sólo a los menores adultos y no así a los impúberes (siguiendo la normativa del Código Civil²⁶) a contar con su propia representación, en tanto los hermanos caían en distintas esferas de aplicación de la ley, por lo que se consideró que: "No resulta razonable admitir que la hija menor púber pueda actuar por sí, en el juicio por tenencia mientras que su hermano, apenas dos años menor que ella, quede desplazado de esa prerrogativa máxime cuando, ambos niños están identificados en una suerte de comunidad de intereses (del voto del Dr. Giardulli)²⁷". Se priorizó el interés superior del niño y se aplicó la Convención sobre los Derechos del Niño.
- d) Cabe destacar un interesante fallo, particularmente en lo que nos interesa del derecho del niño a ser querellante, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²⁸ en el que se tuvo por parte querellante a la víctima menor de edad, con la asistencia letrada de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA, en una causa en la que se investigaba la comisión por parte de los padres de graves delitos en su perjuicio. En este caso, se

Con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser 'asistido por un letrado' independiente [inciso c], del mencionado artículo) y, junto a éste, 'participar activamente en el procedimiento' [inciso d].

26 El art. 54 establece que los menores impúberes son incapaces absolutos. El art. 127 define como menores impúberes a aquellos que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos.

27 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, "L., R. c. M. Q., M. G.", 4-3-2009, LL, 16-4-2009, con nota de Eduardo A. Sambrizzi.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, "N. N. s/ denegatoria de ser querellante", 18-3-2004.

acude a las disposiciones de la "Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, CN, que otorga a los menores –a criterio de esta sala– amplias facultades para ser oídos en sede judicial (art. 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infraconstitucional (en este caso, el art. 82, CPPN) restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención". De esta forma, la Cámara ha resuelto que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño resultan operativas y no tienen sólo carácter declarativo²⁹.

Estos fallos analizados ponen de relieve la necesidad de seguir trabajando en el camino que trazan la Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel local la ley 26.061 para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no sólo sean cuidados en su intervención en el proceso sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la justicia, como lo garantiza constitucionalmente la Convención y la ley citada.

6. De la legislación

Todas las inquietudes enumeradas a lo largo del presente trabajo respecto de la defensa jurídica de los derechos de niños, niñas y adolescentes han encontrado respuesta en la legislación no sólo internacional, sino también en nuestro país y nuestra ciudad.

6.1. De la legislación internacional

Estos fallos analizados ponen de relieve la necesidad de seguir trabajando para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no sólo sean cuidados en su intervención en el proceso sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la justicia.

A partir de esta preocupación internacional en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes, más allá de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices del Riad y las Reglas de Beijing, previamente citadas, la comunidad internacional ha celebrado distintos tratados, entre los cuales podemos recordar los siguientes:

- a) *El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual* (conocido como el Convenio de Lanzarote). Hasta ahora han firmado el convenio 33 países de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa, y sólo Grecia lo ha ratificado. Para que entre en vigor se necesita la ratificación de cuatro países más.
- b) *Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos* (Canadá, 2003), redactadas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño conjuntamente con un Comité directivo de redacción de reconocidos expertos en la materia. Se postulan la "Dignidad", la "No-discriminación", los "Mejores intereses del niño", que incluyen el derecho a la protección y a la oportunidad para desarrollarse de forma armónica; y "Derecho a la participación" en la que se expone que "Todo niño o niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras; a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y que esos puntos de vista sean tomados en cuenta", en concordancia con los arts. 3º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19, 24 y 27 de la ley 26.061. Para procurar la efectivización de estos principios se establecen directrices, entre las cuales destacamos:

29 FELLINI, Zulita, "Aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° III-2004, pág. 53.

"1. Derecho al trato con dignidad y compasión", que establece que los niños víctimas y testigos se deben tratar con tacto y sensibilidad a todo lo largo del proceso de justicia, teniendo en cuenta sus necesidades y situación personal específicas.

"3. El derecho a ser informado", tanto los niños víctimas o testigos como sus familias y/o representantes legales desde el primer contacto con el proceso de justicia de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales, etc. De los procedimientos en el sistema de justicia; los mecanismos de apoyo existentes para el niño cuando realiza un denuncia, etcétera.

"4. El derecho a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchado" en cuanto a su involucramiento en el proceso de justicia³⁰.

"5. El derecho a la asistencia efectiva" de profesionales capacitados.

"6. Derecho a la privacidad", cuidando, cuando sea apropiado, de tomar medidas para excluir al público y medios de comunicación mientras el niño rinde testimonio.

"8. El derecho a la seguridad". Se deben implementar medidas apropiadas con el fin de proteger al niño antes, durante y después del proceso de justicia.

"9. El derecho a la reparación". Los niños víctimas y testigos deben recibir, siempre que sea posible, reparación a fin de lograr el pleno resarcimiento, reintegración y recuperación.

- c) *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*³¹. En ellas se desarrollan los principios recogidos en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún, 2002). Estas Reglas tienen "como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna".

Al hacer referencia a los beneficiarios, realizan una definición del concepto de "persona en situación de vulnerabilidad", es decir, aquellas "personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Como vemos, entre ellos enuncia la vulnerabilidad por razón de edad, la que se puede dar porque la persona aún sea niño, niña o adolescente (a quienes define como toda persona menor de dieciocho años de edad), estableciendo que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Lo que estas reglas intentan procurar es que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como una consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

- d) *Las Guías de Santiago Sobre Protección de Víctimas y Testigos* dedica un capítulo especial denominado "Especial referencia a los niños y adolescentes víctimas" y establece que en materia de víctimas menores de edad, deben tenerse muy especialmente en cuenta las antes mencionadas Directrices contenidas en el documento "Justicia para los Niños y Víctimas y Testigos de Delitos" adoptadas por la Oficina para los Derechos del Niño (Canadá, 2003). Estas guías se refieren expresamente a la cautela con que debe ejercerse la participación, cuidando su identidad, imagen e intimididad. Su testimonio debe tomarse evitando cualquier

Reglas de Brasilia

Lo que estas reglas intentan procurar es que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como una consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

30 Ello en consonancia con los ya citados arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 y 27 de la ley 26.061 a nivel nacional.

31 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, dictada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

riesgo de victimización secundaria: a) el menor debe ser acompañado por una persona idónea, b) que se le informe debidamente sobre el porqué de su intervención, c) que el interrogatorio sea dirigido por un profesional especializado, d) que se evite la visualización o enfrentamiento con otras personas implicadas en el procedimiento.

- e) Ya en 1988 Puerto Rico había sancionado su *Carta de Derechos de Víctimas y Testigos*, en la que se establece una serie de derechos similares a los contenidos en los convenios y/o reglas citadas precedentemente, sin embargo, consideramos destacar dos de ellas: la primera se refiere a la necesidad de disponer de áreas especiales en la sede del Tribunal para evitar el contacto de las víctimas con los responsables del hecho delictivo, y la segunda dice que se trate de un "menor de edad o incapacitado, no sea preguntado sobre el alcance del deber de decir la verdad, que no se le tome juramento o afirmación en este sentido, e instar las acciones por delitos sexuales y maltrato...".

Estos instrumentos, bien utilizados, conjuntamente con la norma constitucional, Convención sobre los Derechos del Niño, y la legislación nacional, nos dan las herramientas necesarias para resguardar los derechos de nuestros niños y evitar su victimización secundaria.

Queda evidenciado que existen instrumentos que se ocupan de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos. Estos instrumentos, bien utilizados, conjuntamente con la norma constitucional, Convención sobre los Derechos del Niño, y la legislación nacional, nos dan las herramientas necesarias para resguardar los derechos de nuestros niños y evitar su victimización secundaria. Todos los preceptos de los documentos citados deben servir de base a cualquier legislación específica que se dicte en protección del niño, niña o adolescente víctima; sin perjuicio de ello, sin esperar una legislación específica todos estos principios deben impregnar los ámbitos judiciales y/o administrativos en los que sea sujeto pasivo de un hecho delictual un niño, niña y/o adolescente.

6.2. De la legislación nacional y local

- a) A nivel nacional recientemente se sancionó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas³², que dedica completamente su Título II al tratamiento de los "Derechos de las Víctimas" y en el art. 6°, en el caso de niños, entre otros derechos establece: recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprenda, y en forma accesible a su edad y madurez; recibir alojamiento, manutención, alimentación, etc.; también establece el derecho a asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; como también prestar testimonio en condiciones especiales de cuidado y protección, la adopción de medidas para garantizar su integridad física y psicológica; el derecho a ser informadas del estado y evolución de las actuaciones, etcétera. Y aclara particularmente en su último párrafo, que en caso de niños, niñas y adolescentes, también se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales³³.
- b) A principios de este año se sancionó la ley 26.485³⁴ denominada Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que en su art. 16 establece derechos y garantías mínimos de procedimientos judiciales y administrativos, como gratuidad de actuaciones judiciales y patrocinio especializado, ser oída personalmente por el juez, la protección de su intimidad, etcétera. Cuando el art. 26 hace referencia a las personas autorizadas a realizar la denuncia, en el inc. b) se establece que "La niña o la adolescente directamente o través de

32 Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, sancionada el 9-4-2008.

33 Ley 26.364, art. 6° *in fine*: "En el caso de niños, niñas y adolescentes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad".

34 Sancionada el 11-3-2009.

sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", y en el art. 28, al describir los recaudos que deben tomarse para llevar adelante la audiencia, respecto de niñas y/o adolescentes víctimas, establece que deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

- c) A su vez, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe la Ley de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Violencia Familiar y Doméstica³⁵. Dentro de las medidas de asistencia existen los centros de atención inmediata, que se ocuparán de asistir a las víctimas dentro de las 24 horas de producido el hecho de violencia, y las derivarán luego a los centros de atención integrales. Todos los centros de atención inmediata contarán con profesionales en medicina, trabajo social, derecho y psicología, y todos los empleados abogados a la tarea de esta primera atención tendrán la obligación de informar a las víctimas acerca de los derechos reconocidos en la ley. A su vez, ordena la definición de protocolos para la intervención de las distintas dependencias, a fin de evitar la doble victimización, esperas o traslados innecesarios. Prevé un tratamiento de niños, niñas y adolescentes que fueran víctimas de maltrato, debiendo darse intervención inmediata al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- d) Y más reciente es la denominada Ley de Tráfico de Personas³⁶, en el ámbito de la ciudad, en el marco de lo establecido por la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que garantiza la asistencia integral a víctimas de trata de personas; y entre ellas las de asistencia médica y psicológica y el patrocinio jurídico adecuados a la víctima de trata de personas.
- e) Dentro de los mecanismos de protección de la víctima se puede citar la ley 25.852, por la cual se incorporó al Código Procesal Penal de la Nación el art. 250 bis, que establece el requisito de un psicólogo especializado para la entrevista y la cámara Gesell en caso de que la víctima no haya cumplido los 16 años. El Ministerio Público tiene una participación importante, no sólo en relación con la forma de declarar sino con la conveniencia o no de que declaren menores de 7 años, y sean sometidos a pericias, el derecho de los menores a ser oídos, acuerdos de juicios abreviados cuando la víctima fue un menor de edad, etcétera. En la resolución 59/09³⁷ de la Procuración General de la Nación, se establece que "en todos los procesos que involucren como víctimas o testigos a menores de 18 años se proceda del modo regulado en el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación".
- f) Como al analizar la legislación internacional, estas herramientas utilizadas en conjunto con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 brindan la posibilidad de la defensa y protección de los derechos del niño cuando es víctima. Y también, cuando eso sucede, no sólo cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante, y como persona autónoma reclamar por sus derechos por sí mismo.

Y también, no sólo cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante, y como persona autónoma reclamar por sus derechos por sí mismo.

35 Ley 1688 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 28-4-2005.

36 Ley 2781 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 10-7-2008.

37 Resolución de la Procuración General de la Nación 59/09, dictada el 2-6-2009.

7. Conclusiones

Aún hace falta trabajar más, para que no se delimite de manera rígida en los 14 años el derecho a ser parte en un proceso, y/o querellar y/o designar un abogado, sino que se aplique la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, que no fijan pautas etáreas sino que la participación del niño devendrá de su posibilidad de formarse un juicio propio y será valorada "en función de la edad y madurez del niño teniendo en cuenta el acto de que se trate". Esto quiere decir que cada niño es distinto y quizás llegue a su madurez en distintos momentos de la vida. Por ello, cada caso debe ser evaluado particularmente.

Es obligación del Estado y de la sociedad en sus distintos estamentos tomar todos los recaudos necesarios, para que los niños, niñas y adolescentes no sufran la doble victimización que experimentan hoy en día aquellos infantes que se ven involucrados en la comisión de un delito como sujetos pasivos.

Existe legislación que apoya lo mencionado, sin embargo, podría ser importante mejorar las leyes para que se definan mejor los derechos del niño, incluyendo expresamente los principios enunciados en los Convenios reseñados. Se deben difundir los derechos de los niños a que tengan su abogado, que puedan ser querellantes y participar en el proceso, debidamente informados. Creemos que bien llevado un proceso en lugar de ser una segunda victimización puede ser aquello que le permita al niño, niña o adolescente vivir mejor su duelo y finalizar un ciclo doloroso de su vida. Anker Ullrich señala "el proceso penal en un menor se convierte en un rito donde puede elaborar discursiva y anímicamente su duelo y dolor frente a un mundo de significados que le objetivará y traslucirá mediante la judicialización".

Es obligación del Estado y de la sociedad en sus distintos estamentos tomar todos los recaudos necesarios, legislativos, judiciales y administrativos para que los niños, niñas y adolescentes no sufran la doble –y podríamos decir hasta la múltiple– victimización que experimentan hoy en día aquellos infantes que se ven involucrados en la comisión de un delito como sujetos pasivos.

Es pertinente recordar las palabras de dos eminentes juristas que hicieron del derecho de defensa una bandera de lucha. El Dr. Morello dijo: "los últimos años de la centuria, exhiben en los corredores del gran mapa jurídico como una de las notas más destacables el tránsito del estado de derecho al estado de justicia. Ello importa no dejar en orfandad situaciones tutelares que demandan como ocurre con las expectativas derecho y posición de los niños, una organización o cobertura que recepte vanguardistas instrumentos técnicos y además el reconocimiento de nuevas legitimaciones extraordinarias que rápidamente dejan de ser excepcionales o residuales al convertirse en necesarias o normales".

Recordemos al querido maestro Bidart Campos, que nos enseñó que la legitimación procesal es un problema constitucional que la ley no puede resolver a su criterio porque si no asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no se facilita debidamente, estamos dilapidando todas las prédicas referidas a los derechos humanos.

No nos asustemos de los niños ni de sus potencialidades. Escuchémoslos y pongámonos a su servicio.

REPRESENTACIÓN PROCESAL

de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y violencia y protección de sus derechos en sede judicial

Carolina Paladini¹

1. Introducción

El tema que nos convoca resulta muy interesante a la luz del nuevo paradigma de la protección integral y de su consideración como sujetos de derecho. Hoy no puede alegarse obstáculo alguno que impida el acceso a la justicia y la debida defensa de los derechos de este grupo vulnerable de nuestra sociedad: la intensidad de los derechos en juego, tratándose de personas en pleno desarrollo, es determinante para disuadir cualquier traba de tipo formal o sustancial que, de algún modo, se convierta o pueda invocarse como un impedimento para el efectivo goce del derecho a requerir el amparo judicial para así hacer cesar cualquier tipo de situación irregular o disvaliosa que amenace o vulnere derechos tanto en el ámbito familiar como fuera de él, generando consecuencias negativas –en muchos casos, irreparables– en su formación y estructura psicofísica.

Frente a una situación que importe una vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, el órgano jurisdiccional debe interpretar los preceptos legales para ese caso concreto, y su decisión debe sustentarse en "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías" (art. 3º, ley 26.061), y las obligaciones de protección al mismo que el propio Estado asume en esta ley y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "...queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar..." (CSJN, recurso de hecho autos "T. A. D. s/adopción", en Fallos: 323-1-91).

En este momento en que todos los medios masivos de comunicación dedican horas de sus programaciones a los jóvenes y adolescentes que delinquen, sería también interesante que se tratara, con la misma intensidad, la situación de los chicos que son víctimas de violencia familiar, abuso sexual, y que por años viven sometidos en el ámbito de su familia o fuera de él, a algún tipo de accionar violento. Digo esto, pues, analizada la historia personal de muchos de estos chicos y jóvenes en conflicto con la ley penal, se infiere –en un alto porcentaje– que se trata de una población de adolescentes y jóvenes que se presenta con un alto grado de vulne-

¹ Defensora Pública de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo N° 7.

rabilidad y exclusión social, con dificultades para insertarse en el medio, desesperanzados frente a las escasas posibilidades que se les presentan. En su mayoría provienen de familias disfuncionales, con códigos de comunicación violentos, abusivos, o que responden a modelos culturales o familiares en los que el sometimiento del hijo, y por lo general también de la mujer, es una práctica común, enraizada por haber sido sostenida por generaciones anteriores y repetida automáticamente sin conciencia de sus consecuencias. El castigo físico es considerado una medida correctiva en el contexto de un estilo de educación arbitraria. Otros casos parten de familias cruzadas por el flagelo de las adicciones, tanto por consumo de alcohol o drogas como desempleo, familias uniparentales, padres abandonados. En muchos casos también acarrear las consecuencias negativas de su tránsito por instituciones estatales carentes de los cuidados mínimos que éstos necesitan para un desarrollo sano.

No se cuenta hoy con un Estado presente con medidas desde la Instancia Pública dirigidas a trabajar con estos niños, con sus familias, generando espacios de contención, programas eficientes tanto desde la prevención como de la protección, para evitar así su victimización intrafamiliar. Se advierte la falta de recursos apropiados –en número y calidad– y una desarticulación entre los diferentes organismos que conlleva demoras inaceptables tratándose de la vida de niños y adolescentes en condiciones de suma vulnerabilidad por sus historias de origen, que requieren una eficaz intervención del Estado para la restitución de sus derechos.

Los mecanismos legales vigentes para la infancia en condición de vulnerabilidad, si bien configuran nuevas herramientas y abordajes, no han sido acompañados con políticas públicas suficientes, con lo cual conllevan a que se exija a los representantes del Poder Judicial una participación activa en la protección de la niñez.

La práctica cotidiana nos muestra que los organismos designados por la legislación vigente como principales promotores y garantes de los derechos de la infancia, y encargados de la aplicación de las políticas públicas, aún no revisten la relevancia que imponen las circunstancias actuales, advirtiéndose ausencia, superposición de recursos, disparidad de criterios y falta de respuestas ágiles; en fin, diferentes intervenciones que todavía están muy lejos de responder a los mandatos constitucionales.

Los mecanismos legales vigentes para la infancia en condición de vulnerabilidad, si bien configuran nuevas herramientas y abordajes, no han sido acompañados con políticas públicas suficientes, con lo cual conllevan a que se exija a los representantes del Poder Judicial –y en particular del Ministerio Público de la Defensa– una participación activa en la protección de la niñez.

Como titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y Laboral N° 7, intervengo por ante cuatro juzgados de familia –entre otros, conforme la competencia legalmente asignada– los que, en Capital Federal y de acuerdo a lo que dispone la ley 24.270, son los tribunales que entienden en todos los casos en los que se plantea la problemática de la violencia familiar. En este sentido, y conforme la práctica diaria de la Defensoría y el amplio abanico de situaciones en las que nos corresponde intervenir en defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes involucrados en situaciones de conflicto intrafamiliar, la normativa aplicable tanto nacional como internacional nos permite tomar medidas de resguardo, pudiendo en este sentido el propio niño o adolescente denunciar y solicitar directamente, y sin necesidad de otra exigencia más que su propio relato, medidas de protección de sus derechos violentados como consecuencia de la situación de conflicto de la que son víctimas. Ello más allá de la respuesta que tenga del juez a su reclamo, la que –como todo litigante– podrá recurrir, utilizando, en su caso, la vía recursiva habilitada al efecto por las normas procesales pertinentes.

En esta línea debo resaltar desde la práctica diaria el notorio aumento de niños y jóvenes que concurren solos a la Defensoría a los fines de efectuar la pertinente denuncia por violencia familiar, vislumbrándose en este sentido mayor información al respecto, y mayor conciencia de

este derecho tan esencial como es el de recurrir a la justicia para pedir medidas de protección, y así hacer efectivo un derecho también tan esencial –si tenemos en cuenta que estamos trabajando con personas en pleno crecimiento–, que es el de su salud, su integridad psíquica y física. En su mayoría son adolescentes que, en algunos casos, denuncian a sus progenitores y en los que se puede percibir cómo adquieren mayor seguridad a partir del acto de llegar a la Defensoría –que obviamente impone el previo proceso interno impregnado de dudas, miedos, temor–, en la que se les brinda información, y se les explica que pedir ayuda implica protegerse y una señal de cuidado hacia ellos mismos; que la Defensoría es un ámbito en donde se los va a acompañar y cuidar. Hemos tenido chicos que han podido expresar a través de llantos su angustia, sus miedos por no saber qué va a pasar después, la fantasía de pérdida de su familia.

Entre las virtudes de la ley 26.061 se encuentra la explicitación del verdadero carácter de parte que niñas, niños y adolescentes tienen en los procesos en que se ventilan cuestiones que les atañen directamente, lo cual no siempre es tenido en cuenta por los adultos –muchas veces sus propios representantes necesarios– al momento de litigar.

Ello impone adoptar los recaudos necesarios para el pleno ejercicio de las garantías procesales a que se refiere el art. 27 de la ley 26.061 antes referido, tanto desde su derecho de acceder a la justicia, a ser oído, como el contar con una defensa letrada dedicada exclusivamente a sus intereses, que en muchos casos debe diferenciarse de la de sus representantes legales, atento a la contraposición de intereses que pueda existir entre unos y otros.

Todo menor de edad estará representado no sólo por sus padres y por los letrados que éstos designen, sino también, autónomamente y revistiendo la calidad de parte legitimada y esencial, por el Ministerio Público Pupilar.

2. Representación procesal

Resulta indiscutible que los padres son los primeros y naturales representantes de los hijos menores de edad, sometidos a patria potestad (cf. art. 57 del Código Civil), y a ellos alude la frase empleada en el precepto citado. Va de suyo que tales representantes necesarios deberán actuar, a su vez, con representación letrada, en los casos que la ley determine. Pero *la virtual concurrencia de la de los padres y sus letrados no implica en modo alguno la reducción del rol del Ministerio Público de Menores al de un acompañante eventual, suplementario o adhesivo*. Por el contrario, el legislador ha sido suficientemente explícito al escoger la expresión a más, que obviamente significa *además*, esto es, que todo menor de edad estará representado no sólo por sus padres y por los letrados que éstos designen, sino también, autónomamente y revistiendo la calidad de parte legitimada y esencial, por el Ministerio Público Pupilar.

Por tanto, el Defensor de Menores e Incapaces, de acuerdo a la normativa prevista en los arts. 59, 493 y 494 del Código Civil y art. 54, inc. a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, forma parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que los incapaces demanden o sean demandados, *bajo pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que tenga lugar sin su intervención*, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios y medidas que resulten conducentes para la mejor defensa de sus derechos. Cabe puntualizar que la doble representación legal prevista por la normativa precitada tiene por finalidad controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes como se ve en innumerables casos, no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedirlo, o para ejercerla en aquellos supuestos en los que sus derechos se vean violentados por el accionar de sus padres.

Así lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que " ...el a quo omitió dar intervención al referido Ministerio para que ejerciera la representación promiscua exigida por las leyes vigentes citadas (...) dicha deficiencia resulta inexcusable y no ha quedado saneada con la intervención del Fiscal de Cámara y del Defensor Oficial ante esta Corte, pues la índole alimentaria de los derechos en juego y el carácter de la actuación asignada al Ministerio Público de la Seguridad Social por las normas aplicables, suponen la posibilidad cierta de ejercer 'acciones y recursos' en defensa de la persona y bienes de los menores antes del dictado del fallo, extremo que no se ha podido cumplir en el caso pues el representante del incapaz sólo tuvo oportunidad de acceder al expediente después del dictado de la sentencia definitiva de la alzada..." (Fallos: 320:1291).

Tal exigencia tiene por finalidad controlar que no exista contraposición entre los intereses de padres e hijos, y evaluar que el acto no perjudique al menor, y en su caso, suplir la inactividad de los primeros responsables, realizando peticiones concretas tanto directamente por la Defensoría (conf. art. 54, inc. de la ley 24.946), como a través de la designación de un tutor *ad litem*.

"... la falta de intervención del Ministerio Pupilar en las actuaciones principales implicó una grave omisión del Tribunal, y ello acarrea la nulidad de todo lo actuado por imperativo legal (...). Ello es así, por cuanto lo dispone la letra de la Constitución Provincial, las normas de fondo (cf. arts. 59 y 494 del C.C.), y lo ha marcado en otros precedentes la Suprema Corte, al señalar que "El art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sanciona con la nulidad del fallo a aquellas omisiones incurridas por el juez por descuido" (del voto en disidencia parcial de los doctores Pettigiani y Domínguez, SCJBA, Sta. 31/07/2006 "R., L. M.", LLBA, 2006, agosto, 895). "A mayor abundamiento, cabe puntualizar, que tal exigencia también tiene por finalidad controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes como se ve en innumerables casos, no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedirselo. Es decir, que como lo ha sostenido ese Alto Tribunal, '...se soslayó conferir la intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación necesaria del incapaz en el trámite de la causa, circunstancias que habrían producido gravamen irreparable al privar a su representada de hacer valer acciones y defensas antes de dictarse el fallo...'; y ello ocasiona la nulidad de lo actuado, pues 'debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 12, inc. 2 y 26, inc. 1)'" (Fallos: 320-2:1291). "En consecuencia, considero que deviene con meridiana claridad que no se trata de un error de juzgamiento como lo califica el *a quo*, sino de un grave incumplimiento por omisión, una violación a la garantía del debido proceso legal (arts. 18, CN, 27, ley 26.061 y art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), y al derecho de igualdad de mi representada; máxime teniendo en cuenta, por un lado, que la Excma. Cámara (sin la intervención del Ministerio Pupilar), decidió modificar *in pejus* la decisión de grado, y por el otro, que la normativa vigente en materia de protección integral de los derechos de los niños, reconoce expresamente su facultad a participar activamente en el proceso y ejercer su derecho de defensa" (cf. Dictamen del Defensor Oficial ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eduardo Dromi [int.], Expte. Letra "P", N° 2501, Libro XXXIII, Año 2002, caratulado "Recurso de hecho deducido por M. C. P. en representación de su hija menor E. M. C. en los autos P., M. C. y otros c/ Municipalidad de Coronel Pringles").

Tal exigencia tiene por finalidad controlar que no exista contraposición entre los intereses de padres e hijos, y evaluar que el acto no perjudique al menor, y en su caso, suplir la inactividad de los primeros responsables, realizando peticiones concretas tanto directamente por la Defensoría (conf. art. 54, inc. de la ley 24.946), como a través de la designación de un tutor *ad litem*.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que existiendo intereses contrapuestos de dos personas menores de edad, el criterio de la Defensoría General de la Nación es que de acuerdo a la legislación vigente, que plasma el reconocimiento de un nuevo estatus jurídico para niños y jóvenes, se impone en estos casos la intervención de distintos Defensores de Menores a fin de resguardar su interés superior; y que la práctica reglamentaria anterior, por la cual una misma representación intervenía por personas menores con intereses contrapuestos, es una violación al derecho de los niños a ser escuchados y al deber gubernamental correlativo de garantizar su ejercicio (conf. Arg. Res. DGN. 804/06).

De ahí que, encontrándose en juego intereses de niños y adolescentes, y sus derechos vulnerados, se torna ineludible la intervención de la Defensoría. Lo contrario implicaría privarlos de su derecho a una defensa legal, denegándoseles, en definitiva, la posibilidad de defensa, situación que aparece doblemente injusta, pues debe tenerse en cuenta que tal perjuicio vendría ocasionado en última instancia por el accionar ilegítimo de sus progenitores o bien por su inactividad en el ejercicio de la defensa de los derechos de sus hijos.

En el marco de la normativa referenciada y por la legitimación que otorga al Ministerio Público la Ley de Violencia Familiar 24.417, los Defensores Públicos de Menores e Incapaces de la Capital Federal debemos actuar en representación de los niños o jóvenes víctimas de violencia doméstica (cf. art. 2º). En este sentido se inicia la acción, poniendo en conocimiento del juez de Familia los hechos denunciados, solicitando, en nombre del niño o joven, las medidas cautelares de resguardo que conforme la situación planteada resulten idóneas para la restitución de los derechos conculcados, realizando un diseño y una estrategia de defensa, por supuesto acorde a las necesidades de este niño y a su interés superior.

Partimos de la idea de que el hecho de que este niño o adolescente no esté acompañado por sus representantes legales no puede resultar un obstáculo, ni lo priva de accionar en este sentido, y en contra de éstos, cuando sean víctimas de su actuar violento. En el procedimiento por violencia familiar, oportunamente se citará a los progenitores, se los escuchará y se ordenará un diagnóstico de interacción familiar que determine el origen del conflicto, o del estilo o modo de relación violenta generado en el marco del núcleo familiar.

Para una mayor ilustración, debo decir que en este marco se inician juicios caratulados: "Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 7 contra... o Ministerio Público contra...". En estos supuestos, desde la Defensoría se trabaja articulando acciones con el CDNNyA, organismo de aplicación de la ley 26.061, para que por su intermedio se arbitre las medidas de protección integral consagradas en el art. 33 y siguientes de la normativa citada. Las derivaciones se realizan luego de una evaluación profesional del caso, que se efectúa en la Defensoría, y en algunos casos –los que no requieren la promoción de medidas judiciales– se continúa un trabajo coordinado con el organismo de la ciudad interviniente. Se trabaja con la Red de la Familia Extensa, con la red barrial, familia de amigos, de conocidos. Se hace todo un análisis de la situación y de los afectos y de las personas que para estos chicos en momentos tan difíciles, son muy importantes.

Puede darse también la situación en que el denunciante sea alguno de los progenitores, quien actúa por sí y en representación de sus hijos. En esos casos también interviene la Defensoría, ya sea ampliando las medidas solicitadas, o bien pidiendo aquellas que estime necesarias y conducentes para la mejor defensa de los niños involucrados en el conflicto.

Encontrándose en juego intereses de niños y adolescentes, y sus derechos vulnerados, se torna ineludible la intervención de la Defensoría. Lo contrario implicaría privarlos de su derecho a una defensa legal, denegándoseles, en definitiva, la posibilidad de defensa.

La problemática mayoritaria de abordaje en la Defensoría se vincula con las crisis familiares, derivadas tanto de la separación y divorcio como de lo relativo a las adicciones y alteraciones mentales. Ello en un gran número de casos en un contexto sociocultural- económico desventajoso, lo cual aporta un mayor grado de complejidad, pues necesariamente produce efectos negativos en las relaciones y dinámicas internas del grupo familiar. Por este motivo, debo señalar que fuera del marco de la ley 24.417 existen otros supuestos en los que los niños son rehenes de situaciones violentas, a consecuencia de la disputa sostenida por sus progenitores, quienes, invocando el interés superior de sus hijos, pierden objetividad a la hora de pedir medidas concretas que los beneficien, olvidándose, por cierto, de sus necesidades y del sufrimiento que les provocan, que en muchos casos se traducen en sintomatologías físicas y psíquicas graves.

Por último, debo señalar que desde la práctica cotidiana y a cuatro años de sancionada la ley 26.061, se advierte la necesidad de acompañar las políticas legislativas con políticas públicas acordes y coordinadas, y con una asignación eficiente de recursos que garantice debidamente el pleno goce de los derechos que la ley consagra, sentando su máxima exigibilidad (art. 1º). Somos muchos los protagonistas de este nuevo escenario que hoy se nos plantea, quienes como operadores de la niñez estamos obligados a contar con la capacitación y compromiso que nos permita escuchar los reclamos de nuestros niños, y poder actuar en consecuencia, evaluando cada situación para poder diseñar la estrategia de defensa que resulte más saludable y más acorde a cada niño en particular, como sujeto de derechos, respetando su individualidad y subjetividad, su propia historia, sus necesidades, estilos, culturas, intereses y deseos.

Como operadores de la niñez estamos obligados a contar con la capacitación y compromiso que nos permita escuchar los reclamos de nuestros niños, y poder actuar en consecuencia.

He intervenido en casos de familia muy complicados, en los que el juez ha recurrido a la designación de un tutor especial para que represente al niño, niña o adolescente, frente a la clara existencia de intereses contrapuestos con sus progenitores, en los términos del art. 397 del Código Civil. Se sortea un abogado de la lista respectiva para que ejerza dicha función. Realmente hemos podido resolver situaciones muy conflictivas con la intervención profesional del tutor, quien ha actuado por el niño, en su defensa y realmente pensando en la solución que resulte más conveniente, más allá de la postura paterna o materna. No debemos olvidar que se trata de niños inmersos en situaciones muy traumáticas que deben atravesar en el marco de un proceso de familia en el que los litigantes son nada más y nada menos que sus padres. El tutor *ad litem*, en estos supuestos, viene a constituir un límite a la patria potestad de los progenitores, e interviene en el proceso representando en forma exclusiva los intereses del niño o adolescente.

3. Abogado del niño

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes prevé en el art. 27 "Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos" que "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 derechos 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: (...) c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine". A su vez, el decreto 415/2006 del 17/4/2006, que reglamenta la citada norma legal con relación a dicho artículo dispone que

"El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".

Entiendo que el abogado del niño tiene que ser alguien muy especial. No hay un protocolo que indique las condiciones que debe reunir un abogado para ejercer el patrocinio de un niño, pero sería importante que existiera una formación específica, multidisciplinaria, con un entrenamiento y capacitación permanente. Es necesario evitar situaciones como las que se generan muchas veces, en las cuales quien dice ser abogado del niño asume una participación activa y clara en el proceso, defendiendo la postura de alguno de los progenitores, sin que sea ésta la más conveniente para su patrocinado.

Comparto lo expuesto al respecto: "La figura prevista en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061 deberá ser un abogado especialmente habilitado para asumir el asesoramiento profesional y la defensa técnico-jurídica de un niño, niña, o adolescente, que reúna las condiciones de especialización legal, formación transdisciplinaria, entrenamiento acreditado y capacitación continua, acorde a la vulnerabilidad y especificidad propia del justiciable y su estatus de persona en desarrollo..."².

En el camino que se intenta transitar hacia el real y efectivo ejercicio de estos derechos, y en especial en lo referido a la disponibilidad de profesionales, la idoneidad o especialización de éstos y la forma concreta de acceder a un patrocinio, podemos citar en lo que respecta al órgano administrativo responsable de la aplicación de la ley 26.061 en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Res CDNRYA 246 (Boletín Oficial Cdad. Bs. As. del 17/4/07), que en lo medular establece: "Artículo 1° - Las Defensorías Zonales y los profesionales designados en el Área Legal y Técnica del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tienen a su cargo la implementación de las medidas de efectivización y protección integral de derechos. Asimismo ejercen el patrocinio jurídico gratuito y la asistencia letrada de niños, niñas y adolescentes en todo expediente administrativo o judicial que los involucre. Artículo 2° - En aquellas tramitaciones en que exista contradicción entre la opinión y deseo del niño y la definición de protección de derechos del equipo profesional interviniente, la Defensoría Zonal adoptará la medida que corresponda, incluidas las denominadas excepcionales, debidamente fundadas según el procedimiento habitual, y solicitará a la Presidencia del organismo la designación de un abogado/a para la observancia de los procedimientos reglados en la actual legislación de infancia.- Artículo 3° - La Presidencia del organismo, o a quien ésta delegue esta atribución, designará a estos profesionales utilizando los servicios de otras entidades públicas de la C.A.B.A. o las organizaciones no gubernamentales especializadas que brindan patrocinio jurídico gratuito, de acuerdo a los convenios existentes o a realizarse".

Por su parte, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha instrumentado un "Registro de Abogados Amigos de los Niños", constituido por matriculados voluntarios. Ofrece la asignación de dos abogados de la lista para el caso, de así serles requerido. En cuanto a su organización -tal como lo expresó la Coordinadora- el Registro se reúne un día a la semana, para atender consultas e intercambiar opiniones sobre los casos, todo ello con la debida confidencialidad.

No hay un protocolo que indique las condiciones que debe reunir un abogado para ejercer el patrocinio de un niño, pero sería importante que existiera una formación específica, multidisciplinaria, con un entrenamiento y capacitación permanente.

2 X Jornadas Interdisciplinarias de Familia, Niñez y Adolescencia, Conclusiones: Comisión 1: "La relación padres e hijos en el ámbito familiar y social", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 35, pág. 237.

4. Derecho a ser oído

El derecho a ser oído es de carácter personalísimo, y en este sentido la voz del niño no puede ser reemplazada por la de sus representantes.

El derecho a ser oído es de carácter personalísimo, y en este sentido la voz del niño no puede ser reemplazada por la de sus representantes. A mi entender, resulta de real importancia la implementación de acciones tendientes a garantizar el ejercicio de este derecho que impone el art. 27 de la ley 26.061. En un marco de respeto por la situación particular de cada niño y adolescente inmersos en su mayoría en situaciones de importante conflictiva familiar, se promueve la implementación de espacios de escucha, generando una charla informal, ya sea en el ámbito de la Defensoría o en visitas institucionales y/o domiciliarias, en la que se respete su intimidad y que ellos puedan incorporar la idea de que es un espacio propio, en el que adquieran seguridad y confianza.

Debe destacarse aquí que ésta ha sido siempre la línea de trabajo de la Defensoría, aun antes de la sanción de esta ley, evaluando cada situación en profundidad, analizando estrategias que favorezcan la búsqueda de aquella solución que resulte más conveniente, cobrando especial relevancia las evaluaciones institucionales que se realizan en oportunidad de las entrevistas que se mantienen con los niños en presencia de las profesionales que integran el Servicio Social de la Defensoría.

La consideración de los niños como sujetos de derechos implica también que ellos, conforme a su edad, historia y formación, reciban información y conozcan los procesos y acciones que se realizan en pos de su proyecto de vida.

Considero primordial destacar que en la práctica de este derecho, en cómo las instituciones instrumentan el ejercicio de éste, deben contemplarse las particulares situaciones de los niños y adolescentes que se acercan a la Defensoría, quienes, como ya señalé, se encuentran inmersos en importantes conflictivas socio-familiares, en contextos de exclusión social, de violencia familiar y con ausencia de figuras parentales y/o redes sociales de contención. Estos aspectos que influyen y condicionan significativamente la capacidad de expresión de estos niños y jóvenes, y de poner en palabras sus sentimientos y deseos, deben ser considerados al momento de establecer la modalidad de los espacios, de manera que éstos garanticen efectivamente su condición de sujetos y no resulten en nuevas experiencias revictimizadoras. La posición, formación y práctica de quienes los escuchamos y ayudamos a que se expresen es también relevante para que ese espacio se inscriba como un intercambio facilitador de experiencias en la cuales su subjetividad es tenida en cuenta. La singularidad del niño que se entrevista, así como de su situación de vida, exigen al entrevistador ajustar el encuadre a estas particularidades. Al momento de combinar estos encuentros deberá considerarse cómo se inscriben simbólicamente determinados organismos –Juzgado, Defensoría de Menores– en el universo de un niño, el discurso y el rol de quienes participan en la entrevista, así como las características del espacio geográfico. Tal como señala Caroline Eliacheff en su libro *Del niño rey al niño víctima, Violencia familiar e institucional* "...Cuando una persona habla, las mismas palabras no producen los mismos efectos si son dirigidas a un amigo en una comida, a un Juez en los Tribunales o dichas en el diván de un psicoanalista..." (cf. Eliacheff 1998).

El ámbito donde son escuchados representa también un espacio donde reciben información sobre los procesos que los atañen. A diferencia de las viejas prácticas de atención a la infancia y, en particular, a aquella niñez en condiciones de desamparo social, la consideración de los niños como sujetos de derechos implica también que ellos, conforme a su edad, historia y formación, reciban información y conozcan los procesos y acciones que se realizan en pos de su proyecto de vida. En algunos casos la entrevista en la Defensoría y el conocimiento de aspectos del expediente les ha permitido formar parte del proceso de reconstrucción de su propia historia.

Respecto de la utilización de la cámara Gesell, considero que, de usarse correctamente y conforme las normas establecidas, puede aportar mayor intimidad al niño y ofrecer un campo de observación ampliado de la entrevista –analógica y digital– con la intervención de otros profesionales, además de permitir un registro que pueda ser consultado.

5. Capacidad progresiva

Tal principio cobra real relevancia en su análisis respecto de la participación del niño en el procedimiento administrativo o judicial, y su representación en defensa de sus derechos, a la luz de la doctrina de la protección integral y su consideración como sujeto de derecho.

Luego de promulgarse la ley 26.579 en diciembre de 2009 se reformaron los artículos 126, 127, 128 y concordantes del Código Civil, al disponerse que la mayoría de edad de una persona se adquiere cuando arriba a la edad de 18 años. La minoridad supone la incapacidad de hecho y por ello la actuación a través de representante. La CDN, receptada por nuestro ordenamiento jurídico (art. 75, inc. 22, CN), consagra el principio de capacidad progresiva reconociendo a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de ejercer los derechos en un marco de auto-determinación, principios que parecieran no coincidir con las normas del Código Civil. En consecuencia, el concepto de autonomía que subyace en la CDN podría, en principio, no coincidir con el régimen de capacidad y representación del Código Civil, resultando por ello necesario efectuar una resignificación y armonización de las normas del sistema jurídico interno a la luz de los principios del nuevo derecho constitucional³.

Como se puede observar, la normativa contemplada en el Código Civil se sustenta en el paradigma de la incapacidad de las personas menores de edad –que se corresponde con el de niño objeto de protección propio de la doctrina de la situación irregular–, por el cual se estructura un sistema de representación con el objetivo de brindar una protección adecuada que supla dicha incapacidad. La Convención de los Derechos del Niño (CDN), que se basa en el paradigma del niño sujeto de derechos, lo concibe como una persona con capacidad progresiva en consonancia con la evolución de sus facultades, y así queda plasmado en el art. 5º, que establece como límite al ejercicio de la función parental precisamente el respeto por la autonomía progresiva del niño/a y adolescente. Como sostienen Minyerski y Herrera, el régimen jurídico de la capacidad civil previsto en el Código Civil ha sido puesto en jaque desde la incorporación y posterior jerarquización de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴.

Sin embargo, con base en la dinámica social, el legislador constató que la rigidez del concepto "incapacidad" puede ceder en determinadas circunstancias específicas. Con la evolución de la práctica social, los supuestos que no tienen categoría jurídica aún pueden ser amparados con razonabilidad por el prisma que acercan los instrumentos internacionales e internos que revalorizan la centralidad de los derechos humanos. Esto se pone de manifiesto sobre todo en cuestiones de neto corte personalísimo. En tanto sujeto de derecho, la persona menor de edad, siempre que pueda formarse un sólido juicio propio, debe reservarse la decisión de la modali-

Con base en la dinámica social, el legislador constató que la rigidez del concepto "incapacidad" puede ceder en determinadas circunstancias específicas.

3 Conf. www.secyt.unc.edu.ar/Nuevo/proyecto 20082009.

4 Conf. www.aaba.org.ar/bi23n031.htm.

No se trata de dejar al menor de edad solo con su libre albedrío, sino hacer un acompañamiento que, sobre la base de su formación integral, facilite la autonomía y la asunción de la propia vida como don y como tarea, sin avasallar las esferas íntimas que toda persona humana tiene con independencia de su cronología.

dad del ejercicio de esas prerrogativas. La función de la representación legal allí es netamente orientativa. Desde esta óptica claro está que en igual escalón puede considerarse el seguimiento de una práctica religiosa o una creencia metafísica y el desenvolvimiento de la vida sexual, todo ello dentro de los parámetros de razonabilidad, formación y asistencia con los que deben contar las personas menores de edad. Nadie puede pensar en una decisión administrativa y/o judicial legítima que, en una persona de 18 años de edad, cercene la libre elección de un culto admitido en el país o la decisión de no profesar ninguno. Se sabe también que esa resolución no es más que la síntesis actual que aquélla puede hacer sobre la base de lo vivido y aprendido hasta el momento, en lo que seguramente están considerados (positiva o negativamente) los mandatos familiares. No se trata de dejar al menor de edad solo con su libre albedrío, sino hacer un acompañamiento que, sobre la base de su formación integral, facilite la autonomía y la asunción de la propia vida como don y como tarea, sin avasallar las esferas íntimas que toda persona humana tiene con independencia de su cronología.



CAPÍTULO

TRES

EXPERIENCIAS

INTERNACIONALES

EN EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL
SERVICIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS
O TESTIGOS DE DELITOS EN LA JUSTICIA

EL USO DE ASISTENCIAS TESTIMONIALES EN TRIBUNALES ADAPTADOS A LOS NIÑOS:

la experiencia canadiense¹

Paul H. Reinhardt²

1. Introducción: equilibrio entre los derechos del Estado, del acusado y de la víctima del delito

Antes de 1980, los tribunales y las legislaturas de Canadá se negaban a reconocer los derechos del acusado o de las víctimas de un delito. El Parlamento canadiense contaba con la autoridad suprema de promulgar leyes penales que luego fueran aplicadas conforme al criterio marcadamente ilimitado de la policía y de los fiscales. La promulgación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades³ ("la Carta") en 1982, como una nueva parte de la Constitución de Canadá, y la promulgación de la Ley de Delincuentes Juveniles en 1984 otorgaron al acusado nuevos derechos establecidos en la Constitución⁴. La orientación de estos nuevos "derechos" también atrajo la mirada de grupos de interés y parlamentarios hacia el actor tantas veces olvidado del sistema legal: el demandante. Históricamente, se creía necesario que para que nuestro sistema acusatorio evaluara las pruebas y llegara a la verdad, los testigos o víctimas debían someterse a varios obstáculos cuyos resultados desalentaban el testimonio de testigos o víctimas vulnerables tales como mujeres y niños⁵. Como consecuencia, surgió una nueva ronda de iniciativas legislativas que incluyeron las "asistencias testimoniales" para los niños. En este documento explicaré que al analizar la implementación de un "Tribunal adaptado al niño" (CFC, por su sigla en inglés) y las "asistencias testimoniales" para ellos, se debe considerar el delicado equilibrio entre los derechos de quienes son acusados por haber cometido un delito y los derechos de quienes son víctimas de éstos⁶.

3 Véase Apéndice "C" para consultar el texto parcial de la Carta.

4 ROACH, Kent, *Due Process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, Editorial de la Universidad de Toronto, 1999.

5 Véase el debate de este tema en relación con las denuncias realizadas por las víctimas de violación según el juicio disidente de la jueza Claire L'Heureux-Dube en la Corte Suprema de Canadá en "R. vs. Seaboyer" (66 C.C.C. (3d) 321), en el que la jueza Beverly McLachling, en nombre de la mayoría de los siete miembros del tribunal, revocó el intento del Parlamento de impedir que el acusado ofreciera pruebas acerca de la actividad sexual previa de la demandante. La jueza L'Heureux-Dube discrepó argumentando que la Carta debe interpretarse de tal modo que los intereses de un "juicio justo" del acusado no siempre se prioricen por sobre los intereses del demandante y de la sociedad en su totalidad en lo que respecta a la denuncia y el juicio por ofensas sexuales.

1 Traducido por Outloud Estudio de Idiomas.

2 Juez del Tribunal de Justicia de Ontario, Toronto, Canadá, desde el 2 de abril de 1990; atiende causas dentro del ámbito del derecho penal, derecho de familia, protección del niño, delincuencia juvenil y regulaciones. El juez Reinhardt quisiera extender su agradecimiento a las siguientes personas que contribuyeron con este documento: Patricia Wilson, Yvette Barnes y Denise Hannivan del Programa de Asistencia a la Víctima/Testigo; la Defensora de Niños Barbara McIntyre, los Fiscales de la Corona Erin McNamara y Jill Witkin, y Tara Dier y Karen Boros de la oficina de la Presidente de la Corte de mi tribunal, la Honorable Annemarie Bonkalo.

¿Puede la tecnología ayudar a los actores de la justicia a adaptar sus enfoques a fin de proteger a los niños víctimas o testigos y a otras personas vulnerables que comparecen en nuestros tribunales?
¿Cómo deberían nuestros sistemas jurídicos adaptarse y beneficiarse de las nuevas tecnologías, que no estaban disponibles para las generaciones anteriores?

Vivimos en una era de rápidos cambios tecnológicos y también de innovación jurídica y, algunos añadirían, de convergencia global, en la que los países que se rigen por el derecho consuetudinario y los países regidos por el Código Civil buscan elementos en los sistemas jurídicos de los demás países e intentan beneficiarse de la inspiración de los diferentes abordajes jurídicos. Desde la creación de las Naciones Unidas en San Francisco en 1945, la comunidad internacional ha unido esfuerzos para acordar una agenda básica sobre "Derechos Humanos" por medio de declaraciones y convenciones internacionales⁷. El propósito establecido en estas declaraciones y convenciones es brindar soporte y asistencia a los distintos países signatarios para que puedan incorporar estos principios y normas fundamentales a su derecho interno⁸.

En este contexto histórico, ¿puede la tecnología ayudar a los actores de la justicia a adaptar sus enfoques a fin de proteger a los niños víctimas o testigos y a otras personas vulnerables que comparecen en nuestros tribunales? ¿Cómo deberían nuestros sistemas jurídicos adaptarse y beneficiarse de las nuevas tecnologías, que no estaban disponibles para las generaciones anteriores?

Creo que las soluciones, aquí descritas, a estos y otros interrogantes acerca de los nuevos rumbos de nuestros sistemas jurídicos pueden beneficiarse inmensamente de los debates, tanto en el contexto del derecho público internacional como del derecho penal local, entre los participantes de la justicia que provienen de países que utilizan el modelo adversarial consuetudinario, y aquellos que se rigen mayoritariamente por un sistema inquisitivo codificado⁹. Una manera útil de involucrarse en este diálogo es mediante el debate explícito de los derechos fundamentales expresados en cada sistema jurídico, analizando de qué modo se ven afectados por los cambios propuestos¹⁰.

En 1988, el Parlamento de Canadá promulgó la Declaración C-15, que impulsó la enmienda del Código Penal a fin de reformar las tipificaciones de delitos y normas procesales específicos en casos de abusos de niños que implicaban agresión sexual¹¹. Estas reformas comprendieron el uso de asistencias testimoniales tales como declaraciones grabadas en videos, mamparas y circuito cerrado por televisión (CCTV) en aquellos casos en los que el testigo o víctima demandante fuese menor de dieciocho años. Los objetivos establecidos de estas reformas procesales se proponían facilitar la entrega de las pruebas por parte del niño y aliviar la "re-victimización" que experimentarían al tener que repetir una y otra vez sus experiencias traumáticas a múltiples investigadores, profesionales y diversos tribunales, en los que estos profesionales pueden no estar capacitados o preparados para las necesidades de los niños víctimas o testigos¹². En

6 Para un debate detallado de este ejercicio, recomiendo ROACH, Kent, *supra*, nota al pie 2, *Due Process and Victims' Rights*, págs. 103-106, en donde el profesor Roach examina el desarrollo de la prueba de "proporcionalidad" en "R. v. Oakes" (1986), 24 C.C.C. (3d) 321, en el que el Presidente de la Corte Suprema de Canadá, el juez Dickson, falló que la Ley de Control de Narcóticos violaba la "presunción de inocencia" y, por lo tanto, era inconstitucional, ya que requería sólo la prueba, más allá de toda duda razonable, de posesión de cualquier cantidad de drogas antes de requerir que el acusado demostrara que no la poseía para su tráfico. Véase además el debate en "R. v. Levogianis" (1993) S.C.J. [A.C.S. N° 70, en los párrafos 8 al 41 de la Corte Suprema de Canadá, en donde la jueza L'Heureux-Dube, por el tribunal, pondera el derecho del acusado de "confrontar a su acusador" y el derecho del niño de presentar pruebas en el tribunal, y concluye que la "asistencia testimonial" de la mampara para los niños testigo en casos de agresión sexual.

7 *A Compilation of International Instruments*, vol. 1, Nueva York y Ginebra, Centro para los Derechos Humanos, Ginebra, Naciones Unidas, 1994.

8 Véase por ejemplo, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Nueva York y Ginebra, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para los Niños, 1998 y los *Informes del Gobierno de la Argentina al Comité de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño*, con fecha 12 de agosto de 1999 y 26 de febrero de 2002.

9 Para obtener un análisis de la situación en los distintos países, véase BOTTOMS, B. y G. GOODMAN, *International Perspectives on Child Abuse and Children's Testimony: Psychological Research and Law*, Thousand Oaks, California Sage Publications Inc., 1996.

10 Como parte de mi preparación para este Seminario Internacional, Mariano Sadoc Nino me proporcionó un documento muy útil, "Principios fundamentales del sistema penal federal argentino y las disposiciones relacionadas a los niños testigos y las víctimas". Sumo mi interés al debate en relación con los principios jurídicos fundamentales del sistema jurídico argentino.

11 BALA, N., R. C. L. LINDSAY y E. MCNAMARA, *Testimonial Aids for Children: The Canadian Experience with Closed Circuit Television, Screens and Videotapes* (2001), 44 *Criminal Law Quarterly*, págs.461-486 (HeinOnline), de aquí en adelante *Asistencias testimoniales*.

12 En un juicio normal por agresión sexual a un niño, en Toronto, al momento de estas enmiendas, un niño testigo sería interrogado al revelar el hecho, su vestimenta sería secuestrada para exámenes forenses, Asistencia al Niño probablemente realizaría entrevistas, el niño sería examinado por equipo SCAN del *Hospital for Sick Children*, se realizaría un examen físico de ser apropiado, con informes; se llevarían a cabo más interrogatorios, el Fiscal de la Corona interrogaría nuevamente al niño previo a la primera fecha en el tribunal, y habría audiencias previas y audiencias del juicio en salas separadas. Si las acusaciones penales del tribunal tuvieran un efecto negativo respecto de los padres, se realizarían audiencias de protección paralelas aunque en salas separadas en el Tribunal de la Familia, en donde el niño podría ser separado de su hogar y Asistencia al Niño o psicólogos podrían interrogarlo varias veces a los fines del procedimiento.

1993, la Corte Suprema de Canadá decidió que estas nuevas disposiciones serían constitucionales y actuarían como herramientas efectivas para facilitar la función de la "búsqueda de la verdad" del proceso sin comprometer los derechos del acusado de recibir un juicio justo, incluidos en el art. 7º de la Carta¹³. En 1997, el Parlamento estableció que estas medidas de protección especiales estuvieran a disposición no sólo de las víctimas y testigos sino también de los acusados. En 2006, el Parlamento promulgó la Declaración C-2, que nuevamente enmendaba y ampliaba el uso de asistencias testimoniales, eliminando su limitación a causas que implicaran agresión sexual y de otros tipos, y estableciendo su uso como requisito en caso de que la víctima o testigo fuera menor de dieciocho años, a menos que el juez interviniente concluyera que el uso de dichas asistencias "interfiere con la correcta administración de la justicia"¹⁴.

Propongo describir y comentar el uso de estas asistencias testimoniales en mi experiencia en el antiguo Ayuntamiento de Toronto, en donde me desempeñé como juez durante gran parte de mi carrera, y además propongo considerar cómo han funcionado estas nuevas asistencias testimoniales¹⁵. Mi intención es debatir las siguientes preguntas: ¿Estas nuevas tecnologías realmente asisten a los niños víctimas o testigos?¹⁶ ¿Requieren de un tribunal especialmente construido para tal fin? ¿Se requiere personal del tribunal especialmente capacitado? ¿Jueces, fiscales y abogados defensores especialmente capacitados?

¿Pueden los jueces anglo-canadienses utilizar estas herramientas sin abandonar o socavar nuestros principios jurídicos consuetudinarios subyacentes en lo que refiere a pruebas testimoniales de referencia, la carga de la prueba y el derecho del acusado de otorgar una "respuesta completa y defenderse"?¹⁷

¿Se otorgará la financiación pública necesaria para ofrecer las asistencias testimoniales a los tribunales que las necesiten?

En 1997, el Parlamento estableció que estas medidas de protección especiales estuvieran a disposición no sólo de las víctimas y testigos sino también de los acusados.

2. La Child Friendly Courtroom (CFC), una sala adaptada al niño. Sala "J" del antiguo Ayuntamiento, Toronto, Canadá

El tercer piso del antiguo Ayuntamiento de Toronto cuenta con una Sala adaptada a los niños: la Sala "J", en donde se llevan a cabo las audiencias que involucran a niños testigos y demandantes. En este tribunal mayormente se realizan juicios en los que niños y niñas menores de dieciocho años habrían sido víctimas de alguna forma de violencia¹⁸. La Sala "J" inició sus sesiones en 1992 con un equipo especializado de fiscales, asistentes a las víctimas y otros profesionales¹⁹.

13 "R. v. Levogiannis" (1993), S.C.J./A.C.S. No. 70 (S.C.C.).

14 Véase apéndice "A", Código Penal, inciso 486.2(a).

15 Mamparas, CCTV (disposiciones sobre medidas de protección) y recepción de cintas de video de entrevistas fuera del tribunal, declaraciones extra-judiciales como prueba principal de la audiencia preliminar y el juicio.

16 Para debatir acerca de las nuevas tecnologías y el diseño del tribunal, principalmente en Canadá y los Estados Unidos, véase WACHTEL, Andy, *Vulnerable Witnesses and Court Design*, un informe elaborado por el Ministerio del Procurador General de British Columbia, enero 1996. Ministerio del Procurador General.

17 WILLIAMS, Glanville, *The Proof of Guilt, A Study of the English Criminal Trial*, 3ra ed., Londres, Stevens & Sons Limited, 1963 (de aquí en adelante, *The Proof of Guilt*).

18 WACHTEL, Andy, *Vulnerable Witnesses and Court Design*, supra, nota al pie 15, pág. 45

19 Desde 1992, la Sala "J" contó con el único equipo designado de fiscales para casos de abuso de menores en Ontario. Hay cinco abogados de la corona que trabajan tiempo completo, incluyendo el jefe del equipo. Cubren casos en donde el demandante o el testigo es menor de dieciséis años o donde el demandante/testigo sufre de una discapacidad mental significativa. Algunos casos de abuso en los que el demandante tiene dieciséis, diecisiete años o más también, se incluyen en su mandato. Utilizan una estructura vertical de manejo de caso, en donde se asigna a una persona del equipo la causa del menor a partir de que ingresa al sistema hasta que concluye el juicio. Esto le permite al abogado establecer una relación de comunicación con el testigo desde el principio.

El espacio se distribuyó dividiendo en dos la sala original, que ocupaba el mismo lado del edificio, con un pasillo en medio de acceso inmediato al estrado del juez y al banquillo de los testigos. Este pasillo es bastante ancho y está equipado con sillas, mesas, una pizarra y una cámara de vigilancia para que el niño víctima o testigo, sus padres o la persona a cargo puedan permanecer en un entorno seguro si es necesario mientras se debaten las peticiones en la sala, a algunos metros de distancia. También hay una antesala cercana, más amplia y mejor equipada, que puede servir al mismo propósito.

El banquillo y el estrado del juez no están tan altos como en otras salas. Hay una silla elevada y segura para niños y un sistema de sonido ajustable para amplificar la voz del niño.

Asimismo, cuenta con tecnología y servicios que la distinguen de otras salas del antiguo Ayuntamiento, pues posee mamparas que se pueden colocar entre el niño víctima o testigo y el acusado de modo que el niño no pueda ver al acusado, pero este último pueda observar al niño prestando testimonio. Hay antesalas en donde los testigos y los demandantes pueden permanecer, previo al comparecimiento, acompañados ya sea por sus padres o por un "consejero" de la oficina del Programa para Víctimas-Testigos de la Provincia de Ontario. Este Programa cuenta con oficinas en el tercer piso y su personal se encarga de monitorear los casos que tienen lugar en la sala, así como también brindar a los testigos potenciales información y demostraciones acerca de la función y las responsabilidades de un testigo en una audiencia. Muy cerca, atravesando el pasillo, se encuentra la oficina de los fiscales especializados, que entienden en causas de agresión doméstica y agresión a los niños.

El banquillo y el estrado del juez no están tan altos como en otras salas. Hay una silla elevada y segura para niños y un sistema de sonido ajustable para amplificar la voz del niño. Además cuenta con dos monitores de televisión de tamaño considerable, ubicados en la pared a la izquierda del banquillo, para que el testigo, el juez y los otros participantes de la sala puedan observarlo.

Contiguo a la entrada se despliega una serie de salas especiales: un área de espera, luego una puerta que conduce a una amplia habitación equipada con cocina, mesas, juguetes y sillas²⁰. Al final de esta habitación siguen dos salas, una con un único monitor de video que puede reproducir DVD o video, y una mesa. La segunda sala, más amplia (la "Sala de CCTV"), cuenta con un micrófono, una conexión de cámara en vivo, dos monitores de video y una mesa y sillas, todo conectado mediante un monitor y alimentación de video a uno de los monitores de televisión y a los parlantes que se encuentran dentro de la Sala "J". Allí, el fiscal y el abogado por la defensa pueden preguntar y repreguntar al niño víctima o testigo mientras que el juez y el acusado, además del público que asiste a la audiencia, pueden observarlo en tiempo real en el monitor de video de la sala²¹. Generalmente, no se permite que otros niños o adultos testigos potenciales observen el testimonio del niño víctima o testigo, ya que "contaminaría" sus pruebas y posiblemente los incapacitaría para actuar como testigos.

20 Este conjunto de salas carece de un baño con lavabos propios, separado de el resto del piso que, según mi experiencia, es una asistencia esencial para los jóvenes testigos.

21 El público está presente en las audiencias a menos que el juez haya ordenado, según el art. 486 del Código Penal, que se excluya al público cuando el magistrado concluya que dicha orden sigue el "interés de la moral pública, el mantenimiento del orden o la adecuada administración de la justicia o es necesaria para evitar daños a las relaciones internacionales o la defensa nacional o la seguridad nacional". Un testigo menor de dieciocho años en audiencias sobre delitos sexuales puede solicitar, según el art. 486.4, una prohibición para publicar cualquier información que pudiera identificar al informante. Para obtener el texto completo de estas provisiones, consultar el Apéndice A.

Con frecuencia, aquellos niños que deban testificar en causas futuras reciben una visita orientativa por parte del personal de Víctimas-Testigos, que les muestra la Sala de CCTV, y las adyacentes, así como también la Sala "J", cuando no está siendo utilizada para una audiencia. Esto se realiza algunas semanas o meses previos al momento de testificar, como una experiencia de aprendizaje. Los fiscales de la Corona se disponen a participar de *role-plays*, en donde se pregunta y repregunta a los niños sobre los distintos temas de su testimonio de la causa futura. Actualmente, existe material educativo para enseñarles a los potenciales niños testigos los procedimientos del tribunal²².

En la Sala "J", el juez cuenta con un micrófono y un sistema de parlantes, que le permite hablar directamente con el niño víctima o testigo y los abogados de la Sala de CCTV, y apagar y encender la conexión de video y de sonido de la Sala de CCTV que se dirige hacia el tribunal.

El segundo monitor de video de la Sala "J" puede ser utilizado para la reproducción de las entrevistas de video previamente grabadas, y la Sala de CCTV también posee dos monitores de video separados para que el niño víctima o testigo pueda observar su entrevista con la policía y luego responder las preguntas del abogado permaneciendo todo el tiempo en la Sala de CCTV, y siendo observado y escuchado por el juez y el acusado por medio de la conexión de CCTV.

3. La mampara y la sala de CCTV

Aunque no es verdaderamente una tecnología "nueva", ya que se la ha utilizado durante muchos años en estudios clínicos, este dispositivo ahora se utiliza a menudo en el Tribunal "J" y en muchas otras salas de Ontario y Canadá pues permite que el niño no tenga contacto visual directo con el acusado, con quien puede tener un estrecho vínculo personal, tal como un padre o un profesor, lo cual podría potencialmente inhibir al niño y evitar que hable libremente o que revele un abuso. De acuerdo con mi experiencia, esto puede ayudar a que un niño "cuente su historia", aunque aun así, sigue dejando al niño dentro de una sala de audiencias llena de personas mayoritariamente desconocidas, rodeado por el personal del tribunal y en una situación potencialmente muy incómoda, con el foco de atención puesto sobre él mientras presta su declaración. Si bien el juez y los abogados pueden haber recibido cierta capacitación acerca de cómo desenvolverse en este procedimiento, el resto de los participantes casi nunca recibe capacitación especial y, con el tiempo, puede ser una experiencia bastante impactante para la víctima o testigo joven. La mampara en sí misma, tal como la utilizamos nosotros en el Tribunal "J", resulta un dispositivo un poco incómodo, que a veces puede causar dificultades si se "tuerce" o se desliza de su posición prevista, sin que lo advierta el abogado defensor ni el niño víctima o testigo.

Por otro lado, al proceder en el contexto de una sala de audiencias, se preserva el entorno tradicional de dicha sala y la solemnidad del procedimiento, lo que permite que el abogado defensor se comunique de forma directa y plena con el acusado durante el interrogatorio que realiza el fiscal de la Corona al niño. Además, permite que el juez vea con mayor claridad la interacción entre el testigo y los abogados, ya que todos ellos se encuentran juntos en la misma sala.

Aquellos niños que deban testificar en causas futuras reciben una visita orientativa por parte del personal de Víctimas-Testigos, que les muestra la Sala de CCTV, y las adyacentes, así como también la Sala "J", cuando no está siendo utilizada para una audiencia. Esto se realiza algunas semanas o meses previos al momento de testificar, como una experiencia de aprendizaje.

22 Véase por ejemplo, los sitios web de Toronto BOOST – Prevención e Intervención en abuso de menores en <http://www.boostforkids.org> ; <http://www.coryscourthouse.ca> (Niños de 12 años y menores); <http://www.courtprep.ca> (para adolescentes) y el sitio web de la Secretaría de Servicios para la Víctima de la Oficina del Procurador General de Ontario en <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/ovss/>.

En mi opinión, existen ventajas y desventajas con respecto a la mampara: en principio, se puede convertir en una distracción, debido a la forma en que están ubicadas nuestras mamparas sobre los muebles "tradicionales" de la sala; si la mampara fuese parte de un nuevo diseño de sala –quizás menos prominente y más funcional–, operaría mejor a nivel práctico.

Las salas de CCTV que se construyeron contiguas al Tribunal "J" para testimonios aislados de niños víctimas o testigos parecieron aportar una mejora significativa desde la perspectiva del niño víctima o testigo. El niño no está expuesto a la misma cantidad de aspectos intimidantes o potenciales distracciones desagradables, como ocurre en la sala.

Las salas de CCTV que se construyeron contiguas al Tribunal "J" para testimonios aislados de niños víctimas o testigos parecieron aportar una mejora significativa desde la perspectiva del niño víctima o testigo. El niño se encuentra en un espacio relativamente pequeño y amigable, sin audiencia, a excepción de los dos abogados, y un asistente de la unidad de víctimas y testigos al momento en que se lo convoca. El niño no está expuesto a la misma cantidad de aspectos intimidantes o potenciales distracciones desagradables, como ocurre en la sala.

Para el juez, es necesario que exista una familiaridad con el equipamiento técnico. El abogado defensor permanece físicamente alejado del cliente durante extensos periodos, lo cual quita parte de la comunicación abogado-cliente que ocurriría con naturalidad en un contexto de sala única. Como consecuencia, esto podría socavar los derechos del acusado, a menos que el juez interviniente sea consciente de este problema potencial.

Observemos ahora las disposiciones legislativas que rigen actualmente el uso de las asistencias testimoniales en esta sala.

El Código Penal²³

4.1. Testimonio fuera del tribunal. Víctimas o testigos menores de 18 años o discapacitados

486.2 (1) A pesar de la sección 650, en cualquier demanda contra un acusado, el juez o magistrado, según la solicitud del fiscal, del testigo menor de dieciocho años o de un testigo que puede comunicar pruebas aunque le resulta dificultoso debido a una discapacidad mental o física, puede ordenar que el testigo preste testimonio fuera de la sala o detrás de una mampara u otro dispositivo que le permita evitar el contacto con el acusado, a menos que el juez o magistrado estime que la orden interferiría con la adecuada administración de la justicia.

(...)

(8) No se interpretará ninguna inferencia adversa del hecho de que se libre o no la orden conforme este artículo.

(...)

23 Para el texto completo de las disposiciones "adaptadas al niño" incluidas en el Código Penal, R.S.C. 1985, c. C-46, según su enmienda, consultar el Apéndice "A"

Factores a considerar

486.1(3) Al tomar una resolución conforme el inciso (2), el juez o magistrado debe considerar la edad del testigo, si el mismo padece una discapacidad mental o física, la naturaleza del delito, la naturaleza de cualquier relación entre el testigo y el acusado y cualquier otra circunstancia que el juez o el magistrado considere relevante.

Con respecto a la sección 486.2, la petición de utilizar una de estas asistencias testimoniales puede efectuarse antes o durante el juicio al juez, quien evaluará si la petición es necesaria para obtener una "explicación completa y cierta del testigo" y que no "interferirá con la adecuada administración de la justicia".

5. La jurisprudencia en Canadá²⁴

Deben existir pruebas para que un juez decida que es "necesario" proteger al niño, ya sea mediante el uso de una mampara o mediante el uso de una "conexión de circuito cerrado de televisión" (CCTV). No es suficiente demostrar que al demandante le desagradaba el acusado, o incluso que el testigo, con razón, siente temor del acusado. El punto es si dicha orden es necesaria a fin de obtener una explicación completa y cierta de parte del testigo o víctima en relación con los actos que se denunciaron²⁵.

Sin embargo, en un caso, la pericia de los expertos que establecía la inmadurez e impaciencia de un demandante de doce años, y la escasa probabilidad de que dijese la verdad frente al acusado, y el hecho de que este último no estuviera representado por un abogado sentaron las bases suficientes para concluir que era necesario el uso de una mampara²⁶.

En un proceso de *voir dire* para determinar la pertinencia del asistencia testimonial la Corona no está facultada para pedirles a testigos no expertos que expresen su opinión al respecto²⁷. Por lo general, se debe instruir al jurado no sólo en la posibilidad de utilizar una mampara o CCTV como procedimiento permitido, debido a la edad del testigo, sino también en la importancia de que no se realice inferencia negativa alguna sobre su uso, ya que ésta no tiene relación con la culpabilidad o la inocencia del acusado²⁸.

Tal como fue mencionado anteriormente, la Corte Suprema de Canadá falló que la ausencia de una confrontación cara a cara entre el acusado y el demandante no viola ningún principio de justicia fundamental según el art. 7º, o la presunción de inocencia según el art. 11(d) de la Carta²⁹. En efecto, disposiciones anteriores similares han superado los desafíos de la Carta³⁰.

486.1(3) Al tomar una resolución conforme el inciso (2), el juez o magistrado debe considerar la edad del testigo, si el mismo padece una discapacidad mental o física, la naturaleza del delito, la naturaleza de cualquier relación entre el testigo y el acusado y cualquier otra circunstancia que el juez o el magistrado considere relevante.

La Corte Suprema de Canadá falló que la ausencia de una confrontación cara a cara entre el acusado y el demandante no viola ningún principio de justicia fundamental según el art. 7º, o la presunción de inocencia según el art. 11(d) de la Carta.

24 En cuanto a los dos artículos mencionados en este documento, en donde resumo la actual jurisprudencia en Canadá sobre el "testimonio protegido", en el art. 486.1 y la prueba extra-judicial grabada en video del art. 715.1; me debo a los autores y editores de tres Códigos Penales altamente respetados: *Criminal Codes: The Practitioner's Criminal Code*, ed. 2009 con anotaciones de Alan D. Gold, publicado por LexisNexis Inc.; *Martin's Annual Criminal Code*, 2009, con anotaciones de Edward L. Greenspan, Q.C. y el Honorable Juez Marc Rosenberg del Tribunal de Apelaciones de Ontario, publicado por Law Book, una División de Cartwright Group Ltd., y el 2009 *Annotated Tremear's Criminal Code* del Honorable Juez David Watt del Tribunal de Apelaciones de Ontario, y la Honorable Jueza Michelle Fuerst de la Corte Suprema de Justicia (Ontario), publicado por Thomson-Carswell. Somos muy afortunados en Canadá de contar con el beneficio del erudito conocimiento y la experiencia brindada en estas tres publicaciones.

25 "R. v. M. (P.)" (1990), 1 O.R. (3d) 341 (Ont. C.A.), "R. v. Pal", [2007] B.C.J. N° 2192 (B.C. S.C.C.).

26 "R. v. Levogiannis" (1990), O.J. N° 2312 (Ont. C.A.).

27 Véase Glosario, Apéndice "D": "*Voir Dire*: un juicio dentro de un juicio" y las causas de "R. v. H. (B.C.)" (1990), M.J. N° 363 (Man. C.A.), "R. v. R. (M.E.)" 1989, N.S.J. N° 248 (N.S.C.A.).

28 "R. v. Levogiannis" (1990), O. J. N° 2312 (Ont. C.A.) *aff'd* (1993), S.C.J./A.C.J. N° 70 (S.C.C.).

29 La Carta canadiense de Derechos y Libertades [siendo Parte I de la Ley de Constitución, 1982] promulgada por la Ley de Canadá 1982 (Reino Unido), c. 11; proclamada en vigencia desde el 17 de abril de 1982. Para obtener el texto completo del artículo de la Carta que aborda los derechos jurídicos, referirse al Apéndice "C".

30 "R. v. Levogiannis" (1993), S.C.J. /A.C.S. N° 70 (S.C.C.). Véase también el artículo de N. BALA y otros, *Testimonial Aids, supra*, nota al pie 6, para un debate más profundo de este punto tanto desde una perspectiva jurídica como clínica.

En mi práctica de abogado y juez en materia de Protección de Menores, Justicia Juvenil, Derecho de Familia y Código Penal, con más de treinta y tres años de trayectoria, he notado que las investigaciones penales y los juicios en los que participan niños, ya sea como parte, testigos o demandantes, históricamente han tenido muchas dificultades relacionadas con la forma en que se realizaban estas investigaciones y el modo en que se desarrollaban los juicios en la sala de audiencias.

6. La investigación. Antiguo Ayuntamiento, antes y ahora

Permítanme resumir brevemente el modo en que se desarrollaban los juicios en el antiguo Ayuntamiento, previo al advenimiento de las salas adaptadas al niño (CFC). En primer lugar, cuando presuntamente se perpetraba un acto delictivo a un niño, la policía investigaba el hecho, tomándole declaraciones al niño y a otros testigos potenciales, tales como padres, docentes u otra persona a la que el niño le hubiere revelado los detalles del hecho. Debido a que, con frecuencia, una acusación de agresión sexual se ve adversamente reflejada en los padres, por lo general existía una investigación paralela de "protección del niño" por parte de la Sociedad de Asistencia al Menor, que en ocasiones resultaba en un juicio para separar al niño de su hogar o al menos para que estuviera sujeto a las órdenes y la supervisión de Asistencia al Menor.

Dependiendo de la participación de Asistencia al Menor y de si el niño había sido separado del cuidado de sus padres, este lapso entre el hecho y el juicio penal generaba con frecuencia momentos muy turbulentos para el niño.

Muchos meses después, a veces años más tarde, podía ocurrir que el niño debía prestar testimonio en el tribunal acerca del hecho original. En general, no se informaba al niño la fecha real de este juicio sino hasta unas semanas o quizás un mes antes de testificar. Dependiendo de la participación de Asistencia al Menor y de si el niño había sido separado del cuidado de sus padres, este lapso entre el hecho y el juicio penal generaba con frecuencia momentos muy turbulentos para el niño.

7. La audiencia

Cuando el niño comparecía ante el tribunal, enfrentaba muchos desafíos como testigo: el extraño ambiente público, el gran número de personas que en general asisten a las audiencias, incluyendo la familia del niño y otros tales como padres sustitutos; la formalidad del tribunal, el lugar que debía ocupar el niño víctima o testigo en la sala de audiencias, la vestimenta del juez, los actuarios, los secretarios y los abogados, que llevan togas negras; la naturaleza personal, privada y vergonzosa del presunto delito sobre el que se hacen preguntas y las extensas demoras entre los hechos iniciales y el juicio en el tribunal. Además de todos estos factores se sumaba la posibilidad de que la causa del menor fuera una más de la extensa lista de casos preparados por el fiscal local para el tribunal ese día. Los otros casos quizás no guardaban relación en absoluto, incluyendo delitos contra la propiedad, fraude, violaciones a órdenes del tribunal o infracciones de tránsito, sólo por nombrar algunos. Los fiscales no necesariamente daban prioridad a una causa que involucrara a un niño víctima o testigo.

Cuando se llegaba al caso del menor, existían más desafíos: probablemente, era la primera vez en que el niño pisaba un tribunal, lo que podía resultar en una sensación extraña o abrumadora. El juez y el personal del tribunal se sentaban a una altura superior al resto de los participantes, y el actuario ordenaba a las personas al momento de acercarse y presentar su caso, o jurar como testigos, según el caso, en un tono fuerte, autoritario y quizás temible. La mayo-

ría de las veces, los abogados se mostraban muy respetuosos y deferentes con el juez y el actuario, pero estaban capacitados para cuestionar a los testigos de la otra parte, haciendo preguntas difíciles y en ocasiones vergonzosas³¹.

Luego, se le pedía al niño víctima o testigo que se acercara y se sentara junto al juez y al actuario, por encima del nivel en el que se encontraban los abogados y el público. Todas las miradas de la sala se concentraban en el niño mientras le pedían que diera su nombre y lo deletreara, y jurara decir la verdad. Todos estos factores, que resultaban normales para los allí presentes sin duda resultaban muy atemorizantes para los niños.

Incluso después de las enmiendas de 1988, que marcaron el comienzo de las salas adaptadas al niño, surgieron problemas específicos. Hasta que se realizaron las enmiendas de la Ley de Pruebas de Canadá en 2005, la ley establecía que antes de que un testigo menor de catorce años pudiera prestar testimonio, el tribunal realizaría una investigación para saber si él comprendía la "naturaleza de un juramento o de una afirmación solemne" y si era capaz de "comunicar las pruebas"³². La preocupación obvia residía en la capacidad del niño de testificar, y si bien esta cuestión sigue preocupando en cualquier juicio, el procedimiento ha cambiado en la actualidad. Ahora se presume que toda víctima o testigo menor de catorce años posee la capacidad de prestar testimonio³³.

No obstante, si bien los cambios en la Ley de Pruebas de Canadá eliminaron el requisito de esta investigación, a menos que surja específicamente por la defensa, aún existen desafíos especiales que deben enfrentar los niños como testigos. Por ejemplo, en el caso de una supuesta agresión sexual, el niño como único testigo de la fiscalía es el único también que puede brindar una prueba directa de lo sucedido. El niño víctima o testigo, como cualquier otro testigo en esta circunstancia, se ve sujeto, de forma debida, a un interrogatorio riguroso: directo por parte de la Corona, contra-interrogatorio por la defensa, nuevo interrogatorio directo por la Corona y a veces otro interrogatorio por parte del juez.

Las preguntas al niño, por lo general, indagaban acerca de cuándo había ocurrido el hecho, en qué momento se lo habían revelado a otra persona, como puede ser un amigo, padre o docente, y cuál había sido la reacción de ellos en ese momento. Luego, se analizaba lo declarado ante la policía y también lo declarado a la persona ante quien había sido inicialmente revelado el hecho, sobre la base de preguntas como por ejemplo: por qué lo reveló, cuándo lo reveló, y las diferencias que surgieron entre lo declarado en determinadas etapas de la investigación y lo que recordaba en el tribunal al momento de la audiencia en relación con el presunto acto delictivo. Constituye un gran desafío para cualquier testigo recordar estos pasos concretos durante la revelación de los hechos y la investigación³⁴.

Ahora se presume que toda víctima o testigo menor de catorce años posee la capacidad de prestar testimonio.

31 El modelo acusatorio anglo-canadiense sólo requiere que la defensa genere una duda en el caso de la Corona, no que demuestre su falsedad. Esto significa que en un juicio penal, hasta cierto punto, se coloca a los testigos de la Corona "a prueba".

32 Este interrogatorio estaba limitado a testigos cuya "capacidad era cuestionada", y era iniciado ya sea por la persona menor de 14 años o preguntas de la defensa como indicios al tribunal en relación con un problema de capacidad que involucrara a la persona de catorce años o más. En mi experiencia, esto rara vez se confirmaba con personas de catorce años o más, pero, por supuesto era necesario para testigos más jóvenes. La Ley de Pruebas, según lo escrito, "presume" que una persona menor de catorce años posee la capacidad para atestiguar, y no requiere un juramento o una afirmación del testigo. Para obtener información sobre las actuales reglas "adaptadas al niño" que involucran a testigos menores de catorce años, véase la sección 16.1 de la Ley de Pruebas de Canadá, en el Apéndice "B" del presente documento.

33 La Ley de Pruebas, tal como indica, "presume" que una persona menor de catorce años posee la capacidad para prestar testimonio, y no requiere un juramento o una afirmación del testigo. La sección 16.1(3) simplemente requiere que el testigo menor de catorce años sea capaz de "comprender y responder" a las preguntas. Para obtener información sobre las actuales disposiciones "adaptadas a los niños" que involucran a testigos menores de catorce años, véase la sección 16.1 de la Ley de Pruebas de Canadá, en el Apéndice "B" del presente documento. La validez de eliminar el requisito de que un niño preste "juramento" o "afirmación solemne" está respaldada por los datos actuales de investigación. Pero las antiguas presunciones acerca de los niños testigo y su capacidad para testificar no son fáciles de descartar simplemente con leyes nuevas. Para saber más sobre este tema, véase BALA, N., y otros, *Judicial Assessment of the Credibility of Child Witnesses*, Alberta Law Review, 42(4), 2005, págs. 995-1017.

34 Este proceso se modifica significativamente con las nuevas disposiciones que permiten que las declaraciones fuera de la sala, grabadas en video, sean consideradas "Testimonio Principal" cuando se realizan dentro de un plazo razonable después del presunto delito y son luego adoptadas por el menor como testigo del juicio. Más adelante analizaré este punto en más detalle cuando explique el procedimiento del art. 715.1.

Además, siempre ha existido (y sigue existiendo) una gran diferencia entre la edad y la madurez del niño, por un lado, y los abogados que hacen las preguntas y el juez, por el otro. Esto en sí podría generar, y con frecuencia genera, respuestas difíciles de evaluar para el magistrado. Por ejemplo, algunos niños víctima o testigo muestran demasiada deferencia con los adultos, asintiendo a todo lo que los abogados y el juez digan, otros se sienten sin armas para dar una respuesta y, por lo tanto, permanecen en silencio. Las experiencias de los niños víctimas o testigos en casos de agresión sexual se han convertido en tema de investigación para la criminología³⁵.

El reconocimiento de estos problemas ahora se refleja en buena medida en la práctica del derecho en nuestros tribunales, no sólo por las asistencias testimoniales establecidas legalmente sino también por las Normas de Conducta Profesional para los miembros del colegio, que hace referencia al abogado defensor.

Finalmente, el niño testigo a veces puede sentirse exhausto simplemente por el tiempo que debe permanecer en el estrado, o por el estrés de tener que dividir el relato de su testimonio en fechas de audiencia que están a meses de distancia. La nueva bibliografía sugiere que ello puede provocar que el juicio se torne en una terrible experiencia para el niño, que en general resulta más perjudicado que un adulto³⁶.

Los mencionados son algunos de los elementos inherentes a un juicio anglo-canadiense que suponen un desafío para los niños. Estos desafíos surgen de la obligación de la Corona de producir un testimonio contemporáneo, en vivo, en la sala para su escrutinio y análisis conforme el modelo acusatorio, que destaque el contra-interrogatorio como la forma más efectiva de llegar a la verdad. Si bien todos los participantes de la sala reconocen las dificultades para el niño, la situación a veces repercute en la capacidad del menor para testificar, minando la credibilidad y confiabilidad real de su testimonio.

El reconocimiento de estos problemas ahora se refleja en buena medida en la práctica del derecho en nuestros tribunales, no sólo por las asistencias testimoniales establecidas legalmente sino también por las Normas de Conducta Profesional para los miembros del colegio, que prevén, en los comentarios de la Regla 4.01, que hace referencia al abogado defensor: "En juicios acusatorios que probablemente afecten la salud, el bienestar social o la seguridad de un menor, el abogado debe aconsejar al cliente considerar los mejores intereses del niño, donde esto puede realizarse sin perjudicar el interés legítimo del cliente"³⁷ y en comunicación con un demandante vulnerable. El comentario sobre las Reglas además establece: "Sin embargo, en donde el demandante fuere vulnerable, el abogado debe asegurarse de no tomar una ventaja injusta o inadecuada de las circunstancias"³⁸.

¿Funcionan estas nuevas asistencias testimoniales?

El juez sigue las directrices del Código Penal, la jurisprudencia y su experiencia y conocimiento sobre cómo llevar a cabo los juicios que involucran a menores. Muchas de las dificultades para un juez se relacionan con las que enfrentan los niños en un modelo de litigio con tribunal acusatorio abierto, según la tradición consuetudinaria a la que me referí antes. Para los fines de este artículo, quisiera considerar la posibilidad de preservar los aspectos esenciales de ese modelo mientras se asiste al niño para que supere los obstáculos que se interponen en su capacidad de testificar y presentar pruebas al tribunal.

35 EASTWOOD, C., "No. 250: The Experiences of Child Complainants of Sexual Abuse in the Criminal Justice System" en *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, Canberra, Consejo de Investigación de Criminología, Instituto Australiano de Criminología.

36 YEATS, M. A., *The West Australian Experience: A Judicial Perspective*. Niños testigo – Mejores prácticas para el Seminario sobre Tribunales, celebrado el 30 de julio de 2004 en Parramatta, Australia: Instituto Australiano de Administración Jurídica; WHITE, C. y K. PARKER, *Challenges in Preparing Child Witnesses to Give Evidence in Court*, Sydney, Australia: Instituto Australiano de Administración Jurídica, 2004.

37 *The Law Society of Upper Canada, Rules of Professional Conduct*, pág. 52. (De aquí en adelante *LSUC Rules*).

38 *LSUC Rules*, pág. 54.

Al recibir las pruebas en un juicio, se acepta el paradigma consuetudinario que expresa que la búsqueda de la verdad se realiza mejor en una audiencia pública, en donde las partes interesadas preguntan y re-preguntan a los testigos ante la presencia del juez, el jurado y el público³⁹. En este paradigma, la función y la obligación del juez consiste en actuar como árbitro neutro de la disputa, versado en el derecho, mientras observa con cuidado a los participantes; es decir, se supone que el juez debe mantener su neutralidad sin tomar parte por una u otra parte.

Cuando la víctima o testigo es un niño potencialmente vulnerable, la capacidad del magistrado de proteger al niño en relación con el proceso del juicio debe estar mediada por un lente especial que tenga en cuenta tanto "la apariencia de equidad" como la equidad efectiva hacia el acusado en el juicio penal. Como el juez está sentado junto al testigo y tiene la posibilidad de vigilar de cerca su comportamiento, puede evaluar su credibilidad y confiabilidad. El apartarse de este modelo a fin de "proteger" a un testigo significaría, en algunos casos, sacrificar la capacidad del juez de observar al menor y evaluar la evidencia producida por éste.

Para mencionar un caso extremo, cuando el niño no presta ningún testimonio, la oportunidad del tribunal de escucharlo y observarlo directamente desaparece. Este equilibrio delicado entre la necesidad de proteger al niño y los derechos del acusado resulta quizás aún más difícil de mantener cuando las acusaciones son muy graves y la pena potencial para el acusado equivale a un extenso período de encarcelamiento.

¿De qué modo, entonces, las asistencias testimoniales contenidas ahora en el Código Penal afectaron este delicado equilibrio? ¿Contribuyeron a que el juez viera las pruebas del niño? ¿Contribuyeron a que el menor presentara sus pruebas? O, desde la perspectiva del acusado, ¿han obstaculizado el trabajo del juez? ¿Han dificultado la tarea del magistrado de emitir fallos procesales y probatorios, sopesar las pruebas, oír las presentaciones del abogado defensor y realizar verificaciones de credibilidad y confiabilidad con respecto a cada testigo, hacer hallazgos de los hechos y decidir si la Corona ha demostrado su caso "por encima de cualquier duda razonable"⁴⁰? Si estas nuevas asistencias testimoniales presentan problemas especiales, ¿cómo puede mejorarse la sala adaptada al niño (CFC, Child Friendly Court) para superar estos obstáculos potenciales?

Al tratar de analizar estas preguntas, diré que un juez no puede esperar resolver estos desafíos por sí solo, y requerirá del compromiso de sus pares del sistema jurídico con el fin de desarrollar un abordaje en relación con las nuevas tecnologías que promueva un uso inteligente, de modo que les permita a los niños testificar de la mejor manera posible.

Un juez no puede esperar resolver estos desafíos por sí solo, y requerirá del compromiso de sus pares del sistema jurídico con el fin de desarrollar un abordaje en relación con las nuevas tecnologías que promueva un uso inteligente, de modo que les permita a los niños testificar de la mejor manera posible.

9. Sección 486.2: Problemas procesales en las solicitudes de protección

Los jueces enfrentan problemas prácticos en el uso de estas herramientas, ya que la sección no especifica la forma o el contenido de un pedido conforme el inciso (1) para el uso de una mampara o para aislar a un testigo menor de dieciocho años en la Sala de CCTV, así como tampoco contempla una disposición de notificación. Además, el artículo no ofrece asistencia al juez para decidir sobre las alternativas de ubicación⁴¹. Para actuar jurídicamente en un juicio, en

39 LORD DEVLIN, *Trial by Jury* (ed. revisada), Londres, Stevens & Sons Limited, 1966.

40 *The Proof of Guilt*, supra, nota al pie 10, Capítulo 7, "The Burden of Proof", págs. 183-194.

41 *The 2009 Tremear's*, pág. 914.

donde hay una disputa sobre una acción procesal en particular, el tribunal primero debe ver las pruebas o el abogado debe acordar sobre los hechos que formarán la base del fallo y luego oír las presentaciones del abogado. ¿Qué prueba debería requerir un magistrado en tal solicitud? Si se cita a un niño en esa ocasión, ¿se debe interrogar al niño utilizando la tecnología de "protección" antes de que el juez falle sobre la necesidad de utilizar alguna forma de protección? No existe ningún requisito legal de que el menor preste testimonio beneficiado por una tecnología de protección si la Corona decide citar al niño en esa instancia, a menos que el acusado sea juzgado por un delito relacionado con "organización criminal", "terrorismo", o "seguridad de la información"⁴². Sería preferible que el Parlamento aclare estas cuestiones procesales.

A menos que el Parlamento enmiende la sección para eliminar la discreción de utilizar una o más de estas formas de protección, creo que deberé celebrar una audiencia antes de emitir un fallo al respecto.

La jurisprudencia antes mencionada deja en claro la necesidad de escuchar a una persona calificada, con experiencia demostrada, si se va a aceptar una opinión, sobre si es necesaria la utilización de una mampara o el aislamiento en una Sala de CCTV⁴³. Por lo general, he notado que los abogados acuerdan sobre la necesidad o no de utilizar alguna medida de protección, o al menos acerca de cuáles son los testigos que deben citarse, y si están capacitados para dar una prueba de "opinión"; sin embargo, muchas veces tuve que concluir que no había suficiente evidencia para emitir una orden cuando el fiscal había decidido no citar al niño testigo en esa materia. En algunos casos, más tarde, después de oír algunos testimonios de los niños testigo sin medidas de protección, me arrepentí de mi fallo y hasta solicité al consejo revisitar el tema. Pero –podría argumentarse– que el daño ya había sido causado. ¿Esto significa que siempre debo realizar el pedido cuando sea requerido? A mi modo de ver, esto significaría un desistimiento de la responsabilidad jurídica de actuar judicialmente. A menos que el Parlamento enmiende la sección para eliminar la discreción de utilizar una o más de estas formas de protección, creo que deberé celebrar una audiencia antes de emitir un fallo al respecto.

10. Recursos físicos

La posibilidad de que el Parlamento dictamine o exija procedimientos de protección plantea otro problema práctico, quizás no tan propio del proceso legal canadiense sino exacerbado por dicho modelo.

Como los Estados Unidos y quizás la Argentina, aunque a diferencia del Reino Unido, Canadá es un estado federal con división de poderes entre el gobierno federal y las provincias respecto del sistema penal. El Parlamento Federal es responsable de la redacción del derecho penal sustantivo mientras que las legislaturas provinciales se encargan de la administración de la justicia penal. Por tanto, la Provincia realiza la construcción y el mantenimiento de las salas y tribunales que albergan los procedimientos penales, haciendo uso de los ingresos provinciales. De este modo, cualquier innovación en el diseño de los tribunales y cualquier tecnología de protección que se construya dentro de las salas, son responsabilidad de la Provincia. En Canadá, los fondos para realizar estas tareas podrían facilitarse a las Provincias si el gobierno federal acordara realizar "pagos por transferencias" a las Provincias por dicho costo. Sin embargo, no ha sucedido hasta el presente.

42 Véase el Código Penal ss. 486.2(4) y 486.2(5).

43 Véase nota al pie 9, *supra*.

En resumen, el Parlamento Federal legisla los cambios de procedimiento pero es la Legislatura Provincial quien debe costearlos en la mayoría de los casos. Esto ha generado la situación anómala en la que algunos tribunales, como el tribunal provincial de London, Ontario y el Antiguo Ayuntamiento de Toronto han tenido CFC durante muchos años mientras que otros tribunales no. Mientras que nuestro antiguo tribunal del Ayuntamiento ha contado con instalaciones de CCTV durante más de quince años, la sala del Tribunal Superior de Ontario, que se sitúa al otro lado de la plaza del Ayuntamiento, justo frente a nosotros, acaba de finalizar la construcción de las instalaciones.

De este modo, los jueces que llevan a cabo juicios con jurados en el Tribunal Superior de Ontario sólo podían alquilar temporariamente un equipo de video para realizar una audiencia aislada de CCTV, o un testimonio protegido, mientras que yo puedo utilizar ambos métodos en nuestro moderno tribunal. La realidad es que los recursos que permiten que un tribunal utilice asistencias testimoniales no siempre están disponibles en Ontario a pesar de que las disposiciones han existido en el Código Penal canadiense por más de veinte años⁴⁴.

Respecto de otros países que implementan algunas de las nuevas tecnologías similares a las asistencias testimoniales para niños, ya sea en sistemas federales o unitarios, la experiencia canadiense sugiere que se aseguren de contar con los recursos para construir las instalaciones y utilizar dichas tecnologías en tantos lugares como sea posible.

La realidad es que los recursos que permiten que un tribunal utilice asistencias testimoniales no siempre están disponibles en Ontario a pesar de que las disposiciones han existido en el Código Penal canadiense por más de veinte años.

11. Pruebas en juicios por jurado

El inciso 486.2(8) establece que "no se debe interpretar inferencia adversa si una orden se libera o no conforme este artículo". El derecho consuetudinario sugiere que es apropiado "advertir" al jurado en este sentido, y ciertamente, que el juez del procedimiento recuerde que emitir una orden no implica que el acusado sea culpable. Sin embargo, se ha sugerido que si alguna forma de protección se estableciera como obligatoria, esto podría reducir su potencial de inferencia adversa⁴⁵.

Acerca de la efectividad de las tecnologías de protección, desde la perspectiva de la Corona de la obtención de condenas, el artículo *Testimonial Aids* también informa sobre algunos interesantes datos relevados a partir de una investigación realizada sobre la base de simulaciones en tribunales. Así, se realizó la actuación profesional en video de una transcripción real de un caso de una supuesta víctima de diez años de edad con pruebas de abuso por parte de su padre. La actuación se realizó en tres modalidades diferentes sin que la defensa llamara a la evidencia: tribunal abierto, filmación y mampara. La modalidad del testimonio de la niña tuvo un impacto significativo en los índices de condena.

La audiencia de prueba fue más proclive a condenar en la simulación de tribunal abierto que en condiciones de CCTV y entorno con medidas de protección (mampara). El índice de condenas en condición de tribunal abierto fue del 77% comparado con 61% en condición de CCTV y 65% con la utilización de la mampara⁴⁶. Los autores de *Testimonial Aids* opinan que esta situación puede impulsar a las Coronas a dejar de lado las asistencias testimoniales por temor a que se debilite la fuerza de la evidencia producida por el niño, cuando utiliza asistencias testimoniales y no declara abiertamente ante el tribunal.

44 Treinta y un tribunales de Ontario ahora poseen Salas "adaptadas al niño", y todas ellas cuentan con mamparas móviles.

45 *Testimonial Aids*, *supra*, nota al pie 6, pág. 484.

46 SWIM, J., E. BORGINA y K. MCCOY, "Videotaped versus in-court testimony: Assessing Mock Jurors' Perceptions of Child Witnesses" (1993), 14 J. Applied Social Psychology 5, según se cita en *Testimonial Aids*, *supra*, nota al pie 1, pág. 480.

Respecto de la recepción tradicional de las pruebas en los juicios penales anglo-canadienses, según lo describe Glanville Williams en *The Proof of Guilt*, ¿qué creemos que se ha ganado y se ha perdido? ¿Qué inferencias "prohibidas", si es que existen, o líneas de razonamiento se generan o podrían generarse en el ejercicio de utilizar estas tecnologías de "protección"?

El requerimiento tradicional del contacto visual entre testigo y acusado se analiza en detalle en *Testimonial Aids*⁴⁷. Mientras que los defensores de las medidas de protección sostienen que la "comodidad es un componente que favorece el decir la verdad", los abogados defensores entrevistados para el artículo sugieren que, aunque claramente y en términos generales facilita el testimonio del niño, también podría tener el efecto de hacer más fácil para el niño mentir⁴⁸. Quienes argumentan esto sugieren la realización de una prueba más estricta para el uso de mamparas en salas con CCTV, de lo que el Código Penal requería al momento de los interrogatorios.

Ahora es posible obtener una orden para el uso de asistencias testimoniales no sólo para casos de abuso sexual sino para cualquier caso en que la Corona procure citar a un testigo menor de dieciocho años de edad.

Tal como lo expliqué en la introducción, los cambios en la legislación desde el momento en que se realizó el estudio, en el año 2000, se han encaminado hacia la dirección opuesta y ahora es posible obtener una orden para el uso de asistencias testimoniales no sólo para casos de abuso sexual sino para cualquier caso en que la Corona procure citar a un testigo menor de dieciocho años de edad.

A partir de la fecha en que se escribió el presente documento, ningún tribunal de apelaciones falló sobre los procedimientos o la constitucionalidad de hacer extensivo (por parte del Parlamento) el uso de las asistencias testimoniales a jóvenes testigos en casos no vinculados con abuso sexual.

12. Pruebas grabadas en video

Con respecto a las pruebas de la víctima o testigo menor de 18, dice el Código Penal:

715.1 (1) En todo procedimiento contra un acusado en el que la víctima o los testigos fueran menores de dieciocho años al momento en que el supuesto delito haya sido llevado a cabo, una grabación en video realizada dentro de un tiempo razonable posterior al supuesto delito, en el que la víctima o el testigo describen los actos denunciados, es admisible como evidencia si la víctima o el testigo, durante el testimonio, adopta el contenido de la grabación de video, a menos que el juez o el magistrado interviniente opinen que la admisión de la grabación de video podría interferir con la correcta administración de justicia.

Prohibición de uso

(2) El juez o el magistrado interviniente puede prohibir todo uso de la grabación en video con fines distintos de aquellos establecidos en el inciso (1).

Esta sección representa una excepción estatutaria a la regla de pruebas en el derecho consuetudinario de Canadá que "como testimonio de referencia"⁴⁹ es inadmisibles. Admite la veracidad de una declaración extrajudicial siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

47 *Testimonial Aids*, supra, nota al pie 1.

48 *Testimonial Aids*, supra, nota al pie 1, págs. 465 y 471.

49 "Las pruebas de la conducta escrita, oral o comunicativa de una persona que no presta testimonio son inadmisibles como prueba de verdad de las declaraciones o como prueba de las afirmaciones implícitas contenidas en las declaraciones", *Dictionary of Canadian Law*, 3ª ed., Thomson Canada Ltd., 2004.

Concretamente, el demandante debe ser menor de dieciocho años, el video debe haberse realizado dentro del plazo razonable después del supuesto delito y el demandante debe describir los actos denunciados y, mientras presta testimonio, debe adoptar el contenido del video. El objetivo principal de la sección consiste en sentar precedentes de lo que significa la mejor recolección posible del hecho que será de ayuda en el descubrimiento de la verdad. El objetivo auxiliar de la sección es prevenir o reducir, en términos materiales, la probabilidad de infligir mayores daños a un niño como resultado de participar en procesos legales⁵⁰.

El requisito de adopción establecido en la sección 715.1 requiere que el juez interviniente quede satisfecho en el proceso de *voir dire* acerca de que existe la base sobre la que el juzgador puede confiar en que el demandante es capaz, basándose en el recuerdo presente de los hechos aducidos en la declaración, de verificar la precisión del contenido de la declaración. En algunos casos, es posible que el demandante no recuerde ciertos hechos aducidos en la declaración. Si dichas partes del testimonio son perjudiciales para el acusado, el juez interviniente deberá decidir si se puede editar el video como se describe a continuación, y, si la edición no es posible, el juez interviniente deberá considerar ejercer su discreción para excluir la declaración grabada en video⁵¹.

Los "actos denunciados" comprenden aquellos hechos que ocurrieron desde el momento en que la supuesta víctima se encontró por primera vez con el agresor hasta que éste se alejó de ella, la descripción de la víctima de los rasgos físicos de su agresor o la identificación por su nombre del agresor en el caso que la víctima conozca a la persona, y cualquier testimonio prestado por el agresor durante los hechos que subyacen los cargos ante el tribunal⁵².

"Dentro del plazo razonable" hace referencia al tiempo entre los supuestos delitos y la realización del video, no al tiempo que transcurre entre la divulgación del supuesto delito y la realización del video. La pregunta sobre qué es un tiempo "razonable" es específica del caso y la respuesta se debe formular sobre la base de la plena consideración de las circunstancias, por ejemplo, la edad del niño, la demora en el ofrecimiento de pruebas y la razón de la demora en la grabación del testimonio⁵³.

Conforme el predecesor de esta sección, que limitaba el derecho de utilizar el video en procedimientos que implicaran ciertos delitos sexuales tipificados, el tribunal argumentó que el juez interviniente no actuó de manera errada al admitir una entrevista grabada en video, a pesar de la demora de cinco meses desde el momento en que la demandante de cinco años lo divulgó por primera vez. La jueza L'Heureux-Dube J. declaró que el tiempo razonable depende de las circunstancias del caso y que, al tomar la determinación, el juez puede considerar el hecho de que los niños a menudo posponen revelar el hecho. Por otro lado, dicha determinación también debe considerar datos empíricos que indican que la capacidad de recuerdo pierde precisión con el tiempo y que los recuerdos en los niños se desvanecen más rápido que en los adultos⁵⁴.

La pregunta sobre qué es un tiempo "razonable" es específica del caso y la respuesta se debe formular sobre la base de la plena consideración de las circunstancias, por ejemplo, la edad del niño, la demora en el ofrecimiento de pruebas y la razón de la demora en la grabación del testimonio.

50 "R. v. F. (C.)" [1997], S.C.J./A.C.S. No. 89 (S.C.C.), "R. v. Toten" (1993), O.J. No. 1495 (Ont. C.A.).

51 "R. v. Toten" (1993), O.J. No. 1495 (Ont. C.A.); "R. v. Meddoui" (1990), A.J. No. 1070 (Alta. C.A.).

52 "R. v. Scott" (1993), O.J. No. 3040 (Ont. C.A.); "R. v. Meddoui" (1990), A.J. No. 1070 (Alta. C.A.).

53 "R. v. L. (S. J.)" (2001), B.C.J. No. 1101 (B.C.C.A.).

54 "R. v. L. (D.O.)", [1993], 85 C.C.C. (3d) 289; "R. v. Scott" (1993), O. J. No. 3040 (Ont. C.A.).

A pesar de la extensa demora de diecisiete meses entre la fecha de ocurrido el delito y el momento de la grabación, era evidente para el juez concluir el carácter la razonable de la demora y que la grabación en video era admisible. En este caso, dicha demora surgió a partir de la renuencia natural de la víctima, y quizás de la madre, de realizar la denuncia ante las autoridades⁵⁵. Una demora de tres años estuvo "dentro del tiempo razonable del supuesto delito" considerando las razones y la falta de impacto de la demora en la capacidad del niño para recordar los hechos con precisión⁵⁶. Una grabación de video que no cumple con los requisitos de este artículo puede ser admisible de todos modos conforme la doctrina del derecho consuetudinario de la "excepción de principios a la regla del testimonio indirecto" siempre y cuando se cumpla con los principios de necesidad y confiabilidad⁵⁷.

El juez puede editar la grabación de video con el fin de excluir las partes inadmisibles antes de reproducirlo frente al jurado.

Asimismo, existe la discreción de excluir la evidencia en video en aquellos casos donde el efecto perjudicial excede su valor probatorio⁵⁸ y se puede ordenar la exclusión en aquellos casos en que es claro que la entrevista se ha ensayado y "guionado"⁵⁹.

Las respuestas de personas que no sean el demandante, las respuestas del demandante a preguntas formuladas por el "apuntador" o las referencias a otros ataques o hechos no implicados en los cargos también son admisibles según esta sección⁶⁰, aunque el juez puede editar la grabación de video con el fin de excluir las partes inadmisibles antes de reproducir el video frente al jurado⁶¹.

Los factores que afectan el peso de la evidencia después de la admisión comprenden las circunstancias en las que se realizó el video, la necesidad de la declaración de la supuesta víctima y la confiabilidad general de la evidencia. Una entrevista policial previa al video afectará el peso de las pruebas, aunque no su inadmisibilidad, de modo que es preferible que la policía no realice ningún interrogatorio previo al video⁶².

Un juez actuó erróneamente al utilizar la grabación en video del testimonio la supuesta víctima para corroborar la fiabilidad de su testimonio en el tribunal. No se puede aducir a la pruebas de los testimonios pasados de un testigo para aumentar la credibilidad del testigo, dado que, conforme al art. 715.1, el testimonio admitido en formato de video se debe considerar parte del "testimonio principal" (primer interrogatorio) y, como tal, no se puede utilizar para reforzar su credibilidad⁶³. En consecuencia, se debe advertir al jurado acerca de los peligros de condenar únicamente sobre la base de la grabación de video⁶⁴. En este sentido, no debe servir como una prueba a entregar al jurado para que éste lo analice durante las deliberaciones⁶⁵.

Una vez más, el predecesor de este artículo establecía la violación de los art. 7º o 11 de la Carta. La incorporación de la discreción judicial para editar o negar la admisión de las pruebas grabadas en video, en donde el efecto perjudicial supera el valor probatorio, asegura que el artículo es consistente con los principios fundamentales de justicia y del derecho a un juicio justo⁶⁶.

55 "R. v. M. (S.)" (1995), 98 C.C.C. (3d) 526 (Alta. C.A.).

56 "R. v. G. (S.)" (2007), 221 C.C.C. (3d) 439 (Ont. S.C.J.), y "R. v. S. (P.)" (2000), O.J. No. 1374 (Ont. C.A.).

57 "R. v. F. (W.J.)" [1999], S.C.J. No. 61 (S.C.C.); "R. v. Burk" (1999), 139 C.C.C. (3d) 66 (Ont. C.A.); "R. v. D.M." [2007], N.S.J. No. 296 (N.S.C.A.).

58 "R. v. F. (C.)" [1997], S.C.J. No. 89 (S.C.C.); "R. v. Scott" (1993), O.J. No. 3040 (Ont. C.A.).

59 "R. v. Toten" (1993), O.J. No. 1495 (Ont. C.A.).

60 "R. v. A. (J.F.)" (1993), O.J. No. 1494 (Ont. C.A.).

61 "R. v. Toten (1993)", O.J. No. 1495 (Ont. C.A.).

62 "R. v. F. (C.)" [1997], S.C.J. No. 89 (S.C.C.).

63 "R. v. K.P.S." [2007], B.C.J. No. 1660 (B.C.C.A.); "R. v. J.A." [2006], B.C.J. No. 1172 (B.C.C.A.).

64 "R. v. F. (C.)" [1997], S.C.J. No. 89 (S.C.C.).

65 "R. v. Kilabunk" [1990], N.W.T.J. No. 158 (N.W.T.S.C.).

66 "R. v. L. (D.O.)" [1993], 85 C.C.C. (3d) 289 (Note that ss. (1) now has incorporated this judicial discretion into the *Criminal Code* by specifying circumstances in which the video may be excluded as whether admission of it into evidence would "interfere with the proper administration of justice").

Mi experiencia en lo que respecta a la asistencia testimonial me llevan a realizar ciertas observaciones, muchas de las cuales se analizan con mayor detalle en el artículo denominado *Testimonial Aids* del profesor Nicholas Bala de la Universidad de Queens en Kingston, Ontario, y sus colegas, escrito en 2001⁶⁷. En *Testimonial Aids*, también se incluyen entrevistas con jueces, fiscales y abogados defensores, así como también "estudios de simulacros en tribunales" que sugieren que, en materia de eficacia penal, el uso de la asistencia testimonial no siempre aumenta la credibilidad de las declaraciones. Los datos evidencian que las Coronas se mostraban renuentes, al menos en el momento en que se llevó a cabo la investigación, a utilizar asistencia testimonial, y hasta cierto punto, los autores concluyen que la asistencia socava la credibilidad. Sin embargo, los jueces a quienes se entrevistó parecen no compartir el rechazo de los fiscales a utilizar la asistencia técnica⁶⁸; por el contrario, como se dijo, el estudio del simulacro en el tribunal respalda las preocupaciones de las Coronas⁶⁹. Además, los hallazgos de la investigación del profesor Bala y sus colegas indican el valor potencial de formar fiscales específicamente capacitados, que puedan influir en las necesidades de desarrollo y en la preparación adecuada de los niños, al momento de decidir utilizar una medida de protección y asistencia o no. Éste es el enfoque que utilizan actualmente los fiscales que trabajan con los asistentes de las víctimas o testigos, para evaluar y orientar a los niños en la preparación para prestar testimonio en el Tribunal "J" del antiguo Ayuntamiento⁷⁰.

Los hallazgos de la investigación indican el valor potencial de formar fiscales específicamente capacitados, que puedan influir en las necesidades de desarrollo y en la preparación adecuada de los niños, al momento de decidir utilizar una medida de protección y asistencia o no.

13. Las declaraciones en el marco de la sección 715.1 realizadas fuera del tribunal. Excepciones a la regla contra la prueba testimonial de referencia

En la legislación y jurisprudencia anglo-canadiense, la necesidad ha dado lugar a una cierta cantidad de excepciones claramente definidas a la regla contra la prueba testimonial de referencia, y nuestros tribunales abordaron dichas excepciones por medio de la clasificación de ciertas pruebas que caían dentro de las excepciones ya existentes a la regla contra la prueba testimonial de referencia, o bien por medio del desarrollo de nuevos principios para decidir la admisibilidad y el razonamiento de excepción "por principios" en "Ares v. Venner", en el cual la Corte Suprema de Canadá permitió la admisión de gráficos médicos⁷¹.

Más recientemente, la Corte Suprema de Canadá, en "R. v. Khan", reconoció la necesidad de una mayor flexibilidad en la recepción de pruebas de niños que pueden haber sido víctimas de abuso sexual. De esta forma, en "Khan", la Corte permitió que se aceptara la declaración hecha por una niña de cuatro años a su madre, un año antes del juicio y aproximadamente treinta minutos después de una supuesta agresión hacia ella por parte de su médico, y que se considerara una excepción "por principios" a la regla contra la prueba testimonial de referencia. Asimismo, concluyó que se debería haber permitido que la niña testificara en el juicio aun si ella no conocía la Biblia y no comprendía las consecuencias de no decir la verdad en la Corte. La Corte estipuló que el enfoque "por principios" a la regla contra la prueba testimonial de referencia requiere que la Corte sopesa la necesidad y confiabilidad de la declaración "extra-judicial" o "fuera del tribunal". Por su parte, el tribunal estableció que *necesidad* significa "razonablemen-

67 *Testimonial Aids*, supra, nota 1.

68 *Testimonial Aids*, supra, pie de página 1, págs. 472-482.

69 SWIM, J., et al, supra, pie de página 21 y comentario en *Testimonial Aids*, supra, pie de página 1, pág. 480.

70 La investigación realizada por el profesor Bala y sus colegas concluyó que los jueces entrevistados para el estudio generalmente respaldaban un uso más amplio de la asistencia testimonial en sus tribunales. De acuerdo con mi experiencia en el antiguo Ayuntamiento, actualmente en el Tribunal "J" ahora la asistencia testimonial se utiliza más que hace años, y

los jueces están cómodos con su uso. La Oficina de respaldo a víctimas y testigos actualmente cuenta con personal que trabaja en los juzgados de todo Ontario.

71 "Ares v. Venner" [1970], S.C.R. 608.

te" necesario. En este caso, significaría que las pruebas de la niña no eran admisibles de otra manera, o que el acto de prestar testimonio en un tribunal abierto hubiese resultado demasiado traumático para la criatura. Con respecto a la confiabilidad, el tribunal decidió que el juez interviniente observara el comportamiento, la personalidad, la inteligencia y la comprensión de la niña y la ausencia de motivos para inventar la historia. El tribunal decidió, entonces, que, en este caso, se podía evaluar sin que fuese necesario un contra-interrogatorio⁷².

Con respecto a la confiabilidad, el tribunal decidió que el juez interviniente observara el comportamiento, la personalidad, la inteligencia y la comprensión de la niña y la ausencia de motivos para inventar la historia. El tribunal decidió, entonces, que, en este caso, se podía evaluar sin que fuese necesario un contra-interrogatorio.

En mi opinión, poder mirar las declaraciones en video en el Tribunal "J" resulta muy útil. Puedo observar el interrogatorio al niño en video mientras también veo al niño en el momento del juicio, ya sea sentado a mi lado o en la Sala de CCTV. El hecho de poder observar el interrogatorio inicial del niño en video brinda una perspectiva que no surgiría de manera tan clara con una grabación de audio de una entrevista o a través de las notas de los oficiales únicamente. Así, puedo observar el comportamiento del niño en una etapa generalmente muy temprana de la investigación. Es posible ver la forma en que interactúan el oficial y el niño. Puedo observar si las preguntas son conductoras o si están diseñadas para permitir que el niño conteste sin insinuación. Cuando hay un asistente del cuidado del niño o un segundo oficial en la sala, puedo observar qué efecto tienen sobre el niño, si es que causan algún efecto. A menudo, las declaraciones en video se toman en más de una ocasión, cuando se obtienen nuevas pruebas, y esto también puede esclarecer los recuerdos del niño sobre los hechos.

Al mirar estos videos en el tribunal, advertí algunas entrevistas muy bien realizadas, de forma muy cuidadosa. También pude notar otras que eran injustas para todos los involucrados y altamente perjudiciales para un juicio imparcial del acusado.

La presentación de pruebas por parte de la Corona o la defensa en un procedimiento contencioso está sujeta a reglas relativamente simples y directas. La parte que presenta un testigo no debe conducir al testigo a una conclusión. La pregunta se debe realizar de forma tal que no se sugiera la respuesta "correcta" por el modo en que se formula la pregunta⁷³. Estos son principios fundamentales para interrogar testigos en la sala, pero muchos oficiales de policía, a quienes he observado, parecen no conocerlos⁷⁴, ya que muy a menudo, los oficiales de policía hacen preguntas sugestivas, o insinúan la respuesta al niño cuando no elabora la respuesta esperada.

Otro problema evidenciado en los testimonios en video es la falta de consistencia de la policía al lidiar con un niño. En la misma entrevista, los oficiales van de un extremo al otro en su metodología de interrogación. Comienzan realizando una o dos preguntas imprecisas, sin indicar realmente a qué se refieren, y si el niño no sabe bien qué responder, entonces le preguntan rotundamente y sin rodeos acerca de la agresión, sin preparación o advertencia suficientes. En mi opinión, muchas veces existe una falta de sensibilidad acerca del nivel de desarrollo del niño y su capacidad para comunicar exactamente lo que se necesita entender en el juicio, por parte del juez interviniente o del jurado⁷⁵.

72 [1990] 2 S.C.R. 531 y el debate en Sopinka, Lederman y Bryant, *La ley de la evidencia en Canadá*, 2ª ed., Lexis-Nexis Canada Inc., 1999, págs. 189-191. Los autores destacan que en "Khan", la niña no tenía motivos para inventar esa historia a su madre: "Me preguntó si quería un caramelo, yo le dije que sí... Me dijo 'abre la boca' y ¿sabes qué? Me puso el pajarito en la boca, lo agitó y me hizo pis en la boca". El tribunal sostuvo que no se suponía que una niña tan pequeña conociera los actos sexuales en cuestión y, por lo tanto, era improbable que inventara la historia. Se encontró aún más corroboración en el hecho de que había una mezcla de saliva y semen en la manga de la campera deportiva de la niña. Dado que en este caso la niña no era testigo y no prestó declaración, no se realizó un contra-interrogatorio. Esta fue una desviación significativa del requisito normal de contra-interrogatorio, en donde se admite una declaración por prueba testimonial de referencia por la "veracidad de su contenido".

73 Diccionario de Derecho Canadiense, 3ª ed., Thomson Canada Ltd., 2004, pág. 704.

74 Para un análisis claro de estos principios, vea EARL LEVY, O.C., *Interrogatorio de testigos en casos criminales*, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1987, y SALHANY, Roger E., *Una guía básica para la evidencia en casos criminales*, Toronto, The Carswell Company Ltd., 1990.

75 Por lo general, se entrena a la policía de Toronto en Investigación, incluyendo un curso sobre técnicas para entrevistar, violencia doméstica y agresión sexual. Los oficiales de la Oficina de la Juventud o los de Violencia de Familia generalmente investigan casos que involucran a demandantes infantiles y se les brinda un curso de una semana sobre investigaciones de abusos infantiles. Sin embargo, este curso no es un requisito previo para trabajar en estos equipos, y puede que no reciban dicha capacitación hasta después de haber estado trabajando en campo durante cierto tiempo. Dado que los oficiales van cambiando de tareas cada cierta cantidad de años, esto puede provocar una falta de capacitación suficiente acerca de cómo interrogar a un niño.

De ahí, la imperiosa necesidad de contar con más programas de educación especial, para poder capacitar mejor a mayor cantidad de oficiales de policía y otras personas encargadas de interrogar a los niños en estos juicios. Se trata de una cuestión técnica, por un lado, por comprender la mecánica de la asistencia testimonial y una cuestión humana y legal, por otro lado, acerca de cómo interrogar adecuadamente a un niño testigo fuera del tribunal, cuando la intención es poder utilizar el video transcrito en la sala como excepción a la regla contra la prueba testimonial de referencia, respetando el desarrollo del niño, su habilidad para comunicarse y sus sentimientos⁷⁶. Cuando se cumplen los criterios de adopción del contenido en el juicio, el video se puede convertir en una prueba muy útil para ayudar al juez y al jurado a llegar a un veredicto. Pero cuando dichos criterios no se cumplen, es muy fácil para mí como juez explicar la razón por la cual excluyo el video, ya que la prueba documental del video es parte de la prueba analizada en el proceso de *voir dire*.

Desde el punto de vista de los niños, la experiencia indica que, en general, se benefician cuando su testimonio inicial se realiza a través del video 715.1, ya que esto le permite al niño participar observando y escuchando primero, y luego respondiendo las preguntas sin obligarlo a que vuelva a atravesar toda la narrativa de los hechos desde el comienzo en el tribunal.

Habiendo dicho esto, y según mi experiencia, el contra-interrogatorio tradicional que solía realizarse antes de la introducción del 715.1 para testigos jóvenes en nuestro Código Penal todavía se aplica, en la mayoría de los casos, y ha sido lo adecuado en dichos casos. Para el niño, declarar sigue significando un gran desafío, aun con las medidas de protección y asistencia analizadas.

Como resultado, todavía puede existir un cierto grado de "re-victimización", incluso aunque el abogado defensor y el fiscal se esfuercen al máximo por evitarlo. En mi opinión, esto marca la distinción entre los procedimientos de nuestros juicios penales y aquellos que se encuentran en otros modelos actualmente implementados en los países que basan sus procedimientos fundamentalmente en el modelo acusatorio, y en los cuales es menos probable que exista una "re-victimización" por medio del contra-interrogatorio.

Desde el punto de vista de los niños, la experiencia indica que, en general, se benefician cuando su testimonio inicial se realiza a través del video 715.1, ya que esto le permite al niño participar observando y escuchando primero, y luego respondiendo las preguntas sin obligarlo a que vuelva a atravesar toda la narrativa de los hechos desde el comienzo en el tribunal.

14. ¿Qué hemos aprendido en Canadá?

En primer lugar, estoy convencido de que las medidas de protección y asistencia a la víctima y testigo menor de edad ayudan al niño y, en aquellas circunstancias en la que la cantidad de casos lo permita, el uso de estas medidas debe ser potenciado mediante la construcción de salas específicamente adaptadas al propósito. También estoy convencido de que el modelo del antiguo Ayuntamiento, que reúne un equipo especializado de fiscales, tiene importantes ventajas como una manera de desarrollar habilidades y compartir experiencias a diario con los colegas.

⁷⁶ La Asociación de Fiscales de la Corona de Ontario brinda programas educativos relacionados con abuso infantil y agresión sexual, y actualmente existe un temario central sobre Violencia doméstica y sexual, Niveles 1 y 2, disponible para todas las Coronas de Ontario como curso de verano. Este curso se propone brindar las bases para una concientización acerca de los desafíos específicos que enfrenta el niño testigo y un enfoque más sensible por parte de los fiscales hacia el niño testigo. El mandato específico de los trabajadores para víctimas y testigos que trabajan en los juzgados de Ontario es brindar respaldo y asistencia emocional a los niños testigo.

Sin embargo, también queda claro que las medidas de protección y asistencia a la víctima y testigo por sí solas no podrán lidiar eficazmente con las dificultades de los niños testigo. Se deben desarrollar iniciativas de educación jurídica, tal como está ocurriendo aquí en Buenos Aires, para asegurarse de que los diversos participantes de la sala comprendan las necesidades puntuales de los niños testigo y el uso de esta nueva tecnología. En mi opinión, esta iniciativa educativa debería incluir a jueces, personal del tribunal, fiscales, abogados defensores y oficiales de policía. Estas iniciativas permitirían un interrogatorio al niño de manera más eficaz, respetando sus circunstancias particulares como testigos sin someterlos potencialmente a la victimización y luego a la "re-victimización" en el proceso de investigación y de juicio.

Se deben desarrollar iniciativas de educación jurídica, tal como está ocurriendo aquí en Buenos Aires, para asegurarse de que los diversos participantes de la sala comprendan las necesidades puntuales de los niños testigo y el uso de esta nueva tecnología. En mi opinión, esta iniciativa educativa debería incluir a jueces, personal del tribunal, fiscales, abogados defensores y oficiales de policía.

Además, los enfoques de educación legal pública deberían ser mancomunados, mediante las estructuras existentes en los casos en que estén disponibles, tales como aquellas de mi provincia, Ontario, a saber: la Red de Educación de Justicia de Ontario (*Ontario Justice Education Network*, "OJEN") y organizaciones como BOOST. Dichas organizaciones utilizan Internet, visitas a escuelas y programas educativos, en colaboración con juntas escolares y maestros, para que los niños en calidad de estudiantes puedan acceder a información sobre el sistema legal y su rol potencial como testigos. En mi opinión, estas iniciativas educativas son la mejor manera de llegar a mucha gente joven que, de otro modo, no tendría oportunidad alguna de aprender sobre el sistema de justicia⁷⁷.

En segundo lugar, queda claro que el uso de la nueva tecnología de mamparas y Salas de CCTV como ayudas técnicas para los niños no ha alterado la manera en que los jueces canadienses abordan sus obligaciones como tales. Además, tampoco ha modificado el paradigma básico del juicio penal contencioso anglo-canadiense. Aunque el Código Penal, art. 715.1, tal como se dijo al comienzo, crea una nueva excepción reglamentaria a la regla tradicional contra la prueba testimonial de referencia y permite la recepción de testimonios del niño testigo en video fuera del tribunal en circunstancias que históricamente no se habrían permitido por la regla contra la prueba testimonial de referencia, no modifica la experiencia básica del niño en el interrogatorio y contra-interrogatorio en el tribunal, muchos meses después de que haya ocurrido el hecho. Cuando la grabación en video se realiza poco tiempo después de los hechos, el nuevo procedimiento ofrece un registro temprano de los recuerdos del niño, cuando resulta más probable que la memoria del niño se mantenga inalterada. En mi opinión, ésta es la mejor prueba posible a tener en cuenta por el tribunal, y cuando es reproducida en el juicio en la sala de audiencias se introduce el testimonio en un modo que tal vez sea menos oneroso para el niño.

También es importante destacar que la tecnología está avanzando. Las nuevas salas adaptadas al niño (CFC) permiten una mayor flexibilidad en la forma en que interactúan el abogado y el acusado, y en la manera de realizar el contra-interrogatorio al niño. La disposición de la sala con CCTV en nuestra Corte Superior de Toronto otorga ventajas considerables en términos de investigación y protección de los derechos del niño y del acusado. Además, el uso policial de un equipo de VCR portátil, por ejemplo, puede permitir que la entrevista inicial del niño se realice en la escuela o en su hogar, en una etapa muy temprana de la investigación, cuando por primera vez el niño revela los hechos, reduciendo así el número de veces que es necesario interrogar al niño antes del juicio.

77 OJEN tiene una página Web y realiza programas de información y capacitación para profesores y estudiantes de Ontario, en cooperación con las juntas escolares locales. Para obtener más información al respecto, véase la página web <http://www.ojen.ca/eng/welcome.cfm>.

En efecto, la medidas de protección y asistencia testimonial se introdujeron en la ley canadiense en el momento en que los defensores de los derechos de los niños, tanto en la comunidad académica como en la sociedad civil en general, habían convencido a los parlamentarios de que nuestro procedimiento judicial necesitaba evolucionar para respetar los factores de desarrollo especial de los niños víctimas o testigos, así como también la potencial fragilidad de la memoria infantil tras extensos períodos de tiempo. La defensa se realizó por motivos de "protección" ante la "re-victimización" y por el deseo de permitir que las víctimas y testigos vulnerables pudieran participar en nuestro sistema legal, y así sentar las bases para juicios más eficaces y, a largo plazo, más condenas. No obstante, al evaluar el éxito de la asistencia testimonial, debemos ser cuidadosos y no medir su éxito solamente a partir de la cantidad de condenas obtenidas, sino evaluar cuánto permiten que el niño participe en el proceso judicial, sin revictimización y de forma que se respete plenamente la presunción de inocencia.

Considero esencial que los tribunales implementen, junto con las nuevas tecnologías, programas educativos y de contención emocional para asistir al niño testigo, como parte de lo que definimos como las CFC.

En tercer lugar, me he convertido en un defensor del uso de las medidas de protección y asistencia testimonial para niños, porque permite que el niño testifique en un entorno más humano, sin socavar la habilidad del juez o del jurado para inspeccionar cuidadosamente su testimonio, con la ayuda de un contra-interrogatorio por parte del abogado defensor y la oportunidad de que el abogado presente pruebas de refutación para generar una duda razonable. Considero esencial que los tribunales implementen, junto con las nuevas tecnologías, programas educativos y de contención emocional para asistir al niño testigo, como parte de lo que definimos como las CFC.

También estoy convencido de que existe una ventaja potencial cuando los fiscales pueden trabajar conjuntamente en un enfoque "de equipo" y convertirse en especialistas en esta compleja área de la ley. Además, estimo que todos los participantes del tribunal necesitan capacitación y educación acerca del uso de la asistencia testimonial y de los requisitos de las CFC.

Desafortunadamente, en esta coyuntura de la evolución de nuestros tribunales en Canadá, no se le ha prestado suficiente atención a la implementación de las medidas de protección y asistencia, como resultado del rechazo, por parte de todos los niveles del gobierno, a brindar los recursos necesarios para lograrlo⁷⁸. Ahora que nos encaminamos hacia una época de déficit y recortes gubernamentales, existen menores probabilidades de obtener los recursos necesarios en un futuro cercano.

15. Conclusión

Plantearé nuevamente las dos preguntas principales que expuse al comienzo. Estas intervenciones humanas y tecnológicas requeridas por la legislación federal y provincial ¿protegen mejor a los niños a la hora de prestar testimonio? Y si es así, ¿exigen o generan cambios inevitables en el proceso judicial anglo-canadiense, que es cada vez más respetuoso de los derechos del niño mientras que, mantiene al mismo tiempo, su principio fundamental de que la Carta garantice al acusado un juicio justo y la presunción de inocencia?

78. Los tres niveles de gobierno (federal, provincial y municipal) financian los servicios policiales, pero en general, el presupuesto policial relacionado con la agresión sexual en las regiones urbanas está controlado por los gobiernos municipales de Canadá. Como se dijo anteriormente, de acuerdo con el sistema federal, el parlamento es responsable del derecho penal, pero las provincias son responsables de la administración de los tribunales penales.

Estos cambios, personificados en la idea de las CFC, pueden beneficiar a los niños que prestan testimonio, a la vez que permitir interrogar adecuadamente a más niños en nuestro proceso judicial. Sin embargo, todavía no son acompañadas por la atención suficiente por parte de los legisladores en cuanto a la capacitación de jueces, fiscales, personal de la Corte, colegio de abogados defensores e investigadores policiales, así como tampoco hacia la necesidad de construir adecuadamente o modernizar los tribunales para utilizar esta tecnología.

Con respecto a la primera pregunta, creo que estos cambios, personificados en la idea de las CFC, pueden beneficiar a los niños que prestan testimonio, a la vez que permitir interrogar adecuadamente a más niños en nuestro proceso judicial. Sin embargo, todavía no son acompañadas por la atención suficiente por parte de los legisladores en cuanto a la capacitación de jueces, fiscales, personal de la Corte, colegio de abogados defensores e investigadores policiales, así como tampoco hacia la necesidad de construir adecuadamente o modernizar los tribunales para utilizar esta tecnología.

Con respecto a la segunda pregunta, hasta el día de la fecha, no veo ninguna indicación que sugiera que el respeto por los niños testigo y la disponibilidad legal de la asistencia testimonial que se adapte al niño hayan modificado nuestro proceso judicial o hayan socavado la imparcialidad del juicio.

APÉNDICE "A"

Disposiciones "Adaptadas al niño" del Código Penal

R.S.C. 1985, c. C-46, según enmienda.

Exclusión del público en ciertos casos

486. (1) Todo procedimiento contra un acusado se deberá llevar a cabo en tribunal abierto, pero el juez o magistrado interviniente puede ordenar la exclusión de todos los miembros del público, o de algunos de ellos, de la sala durante todo o parte de los procedimientos, si el juez o magistrado considera que dicha orden persigue el interés de la moral pública, el mantenimiento del orden o la adecuada administración de justicia, o si resulta necesario para evitar daños a las relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad nacional.

Protección de testigos menores de 18 años y participantes del sistema de justicia

(2) Para el propósito del inciso (1), la "adecuada administración de justicia" implica asegurarse que:
(a) se protejan los intereses de los testigos menores de 18 años de edad en todos los procedimientos; y
(b) se proteja a todos los participantes del sistema de justicia que estén involucrados en los procedimientos.

Motivos para declarar

(3) Si a un acusado se lo imputa por un delito conforme el artículo 151, 152, 153, 153.1, 155 ó 159, inciso 160(2) ó (3) o artículo 163.1, 171, 172, 172.1, 173, 212, 271, 272, 273, 279.01, 279.02 ó 279.03 y el fiscal o el acusado piden una orden conforme el inciso (1), el juez o magistrado, si no se realiza esa orden, debe declarar el motivo por el cual no se realiza la orden haciendo referencia a las circunstancias del caso. R.S., 1985, c. C-46, s. 486; R.S., 1985, c. 27 (1º Sup.), s. 203, c. 19 (3º Sup.), s. 14, c. 23 (4º Sup.), s. 1; 1992, c. 1, s. 60(F), c. 21, s. 9; 1993, c. 45, s. 7; 1997, c. 16, s. 6; 1999, c. 25, s. 2 (Preámbulo); 2001, c. 32, s. 29, c. 41, ss. 16, 34, 133; 2002, c. 13, s. 20; 2005, c. 32, s. 15, c. 43, ss. 4, 8.

Acompañante – testigos menores de 18 años o que padecen alguna discapacidad

486.1 (1) En todo procedimiento contra un acusado, y tras solicitud del fiscal, para un testigo que es menor de dieciocho años o que padece una discapacidad física o mental, el juez o magistrado deberá ordenar que se permita la presencia de un acompañante (persona de apoyo) a elección del testigo para que permanezca cerca del testigo mientras presta su declaración, a menos que el juez o magistrado considere que este hecho interfiere con la adecuada administración de la justicia.

Otros testigos

(2) En todo procedimiento contra un acusado, y tras solicitud del fiscal o de un testigo, el juez o magistrado puede ordenar que se permita la presencia de un acompañante a elección del testigo para que permanezca cerca del testigo mientras presta su declaración, si el juez o magistrado considera que este hecho es necesario para obtener una declaración completa y franca del testigo acerca de los hechos en cuestión.

Solicitud

(2.1) Se puede realizar una solicitud, a la cual se hace referencia en el inciso (1) ó (2), durante los procedimientos, al juez o magistrado interviniente, o antes de que comiencen los procedimientos, al juez o magistrado que presidirá dichos procedimientos.

Factores a considerar

(3) Al tomar una determinación conforme el inciso (2), el juez o magistrado deberá tener en cuenta la edad del testigo, si el testigo padece una discapacidad física o mental, la naturaleza del delito, la naturaleza de la relación entre el testigo y el acusado y cualquier otra circunstancia que el juez o magistrado considere relevante.

El testigo no puede actuar como acompañante

(4) El juez o magistrado no deberá permitir que un testigo sea acompañante, a menos que el juez o magistrado considere que esto es necesario para la adecuada administración de justicia.

Incomunicación al prestar testimonio

(5) El juez o magistrado puede ordenar que el acompañante y el testigo no se comuniquen entre sí mientras el testigo presta declaración.

Sin inferencia adversa

(6) No se interpretará ninguna inferencia adversa del hecho de que se libre o no la orden conforme este artículo. 2005, c. 32, s. 15.

Testimonio fuera del tribunal – testigos menores de 18 años o que padecen alguna discapacidad

486.2 (1) A pesar del artículo 650, en todo procedimiento contra el acusado, y tras solicitud del fiscal, para un testigo que es menor de dieciocho años o que puede comunicar las pruebas pero con dificultades debido a alguna discapacidad física o mental, el juez o magistrado deberá ordenar que el testigo preste su declaración fuera del tribunal o detrás de una mampara u otro dispositivo que permitan que el testigo no vea al acusado, a menos que el juez o magistrado considere que este hecho interfiere con la adecuada administración de la justicia.

Otros testigos

(2) A pesar del artículo 650, en todo procedimiento contra el acusado, el juez o magistrado puede, si así lo solicita el fiscal o un testigo, ordenar que el testigo declare fuera de la sala del juzgado o detrás de una mampara u otro dispositivo que impidiera al testigo ver al acusado si el juez o magistrado considera que la orden es necesaria para obtener una representación completa y franca de parte del testigo sobre los hechos que se demandan.

Solicitud

(2.1) La solicitud mencionada en el inciso (1) ó (2) puede realizarse, durante el proceso, ante el presidente del tribunal o, previo al inicio del proceso, ante el juez o magistrado que presidirá los procesos.

Factores a considerar

(3) Al resolverse según el inciso (2), el juez o magistrado tendrá en cuenta los factores mencionados en el inciso 486.1(3).

Delitos específicos

(4) A pesar del artículo 650, si se acusa al imputado por uno de los delitos mencionados en el inciso (5), el presidente del tribunal o magistrado puede ordenar que cualquier testigo preste declaración,

(a) fuera de la sala del juzgado si el juez o magistrado considera que dicha orden es necesaria para proteger la seguridad del testigo; y

(b) fuera de la sala del juzgado o detrás de una mampara u otro dispositivo que impidiera al testigo ver al imputado si el juez o magistrado considera que dicha orden es necesaria para obtener una representación completa y franca del testigo respecto de los hechos sobre los que se realiza la demanda.

Delitos

(5) Los delitos a los fines del inciso (4) son:

(a) un delito según el artículo 423.1, 467.11, 467.12 ó 467.13, o un delito grave cometido en beneficio de una organización criminal o por orden de ésta o en asociación con ésta.

(b) un delito terrorista;

(c) un delito conforme al inciso 16(1) ó (2), 17(1), 19(1), 20(1), ó 22(1) de la Ley de Seguridad de Información o bien

(d) un delito conforme al inciso 21(1) o el artículo 23 de la Ley de Seguridad de Información, que se cometa en relación con un delito mencionado en el párrafo (c).

Igual procedimiento de resolución

(b) Si el juez o magistrado considera que es necesario que declare un testigo a fin de determinar si se debe pronunciar una orden según el inciso (2) ó (4) en relación con dicho testigo, el juez ordenará que el testigo declare según lo establecido en dicho inciso.

Condiciones de exclusión

(7) Un testigo no brindará testimonio fuera de la sala del juzgado según el inciso (1), (2), (4), ó (6) a menos que se realicen las gestiones para que el acusado, el juez o magistrado y el jurado observen el testimonio del testigo mediante circuito cerrado de televisión, o de otra naturaleza, y que se le permita al acusado comunicarse con su abogado mientras se observa el testimonio.

Sin inferencia adversa

(8) No se interpretará ninguna inferencia adversa del hecho de que se libre o no la orden conforme este artículo. 2005, c. 32, s. 15.

El acusado no formulará repreguntas a los testigos menores de 18 años

486.3 (1) En todo procedimiento contra el acusado, ante solicitud del fiscal o un testigo menor de dieciocho años, el imputado no podrá formular personalmente repreguntas al testigo, a menos que el juez o magistrado considere que la correcta administración de la justicia requiere que el acusado formule las repreguntas personalmente. El juez designará el abogado para formular las repreguntas si el imputado no pudiera realizarlas por sí mismo.

Otros testigos

(2) En todo procedimiento contra el acusado, a pedido del fiscal o un testigo, el acusado no formulará personalmente repreguntas al testigo si el juez considera que, a fin de obtener una representación completa y franca del testigo de los hechos sobre los que se basa la demanda, el acusado no debería formular personalmente repreguntas al testigo. El juez designará el abogado para formular las repreguntas si el imputado no pudiera realizarlas por sí mismo.

Factores a considerarse

(3) Al resolverse según el inciso (2), el juez o magistrado tendrá en cuenta los factores mencionados en el inciso 486.1(3).

Víctima de acoso criminal

(4) En todo procedimiento respecto de un delito según el artículo 264, a pedido del fiscal o la víctima del delito, el imputado no formulará personalmente repreguntas a la víctima a menos que el juez considere que la correcta administración de la justicia requiere que el acusado formule personalmente las repreguntas. El juez designará el abogado para formular las repreguntas si el imputado no pudiera realizarlas por sí mismo.

Solicitud

(4.1) La solicitud mencionada en el inciso (1), (2) ó (4) puede realizarse, durante el proceso, al presidente del tribunal o magistrado o, antes de que comience el proceso, al juez o magistrado que presidirá los procesos.

Sin inferencia adversa

(5) No se interpretará ninguna inferencia adversa de que se designe o no un abogado conforme este artículo. 2005, c. 32, s. 15.

Orden que restringe la publicación – delitos sexuales

486.4 (1) Sujeto al inciso (2), el presidente del tribunal puede emitir una orden instruyendo que no se publique, televise o transmita, de modo alguno, toda aquella información que pueda identificar al demandante o a un testigo de un proceso respecto de:

(a) cualquiera de los siguientes delitos:

(i) un delito cometido según los artículos 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171, 172, 172.1, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.02, 279.03, 346 ó 347,

(ii) un delito según el artículo 144 (violación), 145 (intento de violación), 149 (agresión indecente hacia una mujer), 156 (agresión indecente hacia un hombre) ó 245 (agresión común) o el inciso 246(1) (agresión con intención) del Código Penal, capítulo C-34 de los Estatutos Revisados de Canadá, 1970, como se interpretó inmediatamente antes del 4 de enero de 1983, o

(iii) un delito según el inciso 146(1) (relaciones sexuales con una mujer menor de 14 años) o (2) (relaciones sexuales con una mujer entre 14 y 16 años) o el artículo 151 (seducción de una mujer entre 16 y 18 años), 153 (relaciones sexuales con una hijastra), 155 (sodomía o bestialismo), 157 (indecencia grave), 166 (padre o guardián procurando corrupción) ó 167 (dueño de casa que permite la corrupción) del Código Criminal, capítulo C-34 de los Estatutos Revisados de Canadá, 1970, como se interpretó inmediatamente antes del 1 de enero de 1988; o

(b) dos o más delitos que se traten dentro del mismo procedimiento, al menos en donde uno es un delito relacionado con cualquiera de los subpárrafos (a)(i) a (iii).

Orden obligatoria ante solicitud

(2) En los procesos relacionados con los delitos mencionados en los párrafos (1) (a) o (b), el presidente del tribunal,

(a) en la primera oportunidad razonable, deberá informar al testigo menor de dieciocho años y al demandante del derecho a solicitar la orden; y

(b) ante el pedido realizado por el demandante, el fiscal o cualquier testigo, librar la orden.

Pornografía infantil

(3) En los procesos relacionados con un delito según el artículo 163.1, el juez o magistrado podrá librar una orden instruyendo que no se publique en un documento, televise o transmita de modo alguno, toda información que pudiera identificar al testigo menor de dieciocho años, o a la persona que sea sujeto de una declaración, material por escrito o grabado, que constituya pornografía infantil dentro del significado de dicho artículo.

Limitación

(4) Una orden realizada según este artículo no se aplica con relación a la divulgación de información durante el proceso de administración de justicia cuando el fin de la divulgación no persiga el conocimiento público de la información en la comunidad.

2005, c. 32, s. 15, c. 43, s. 8.

Orden que restringe la publicación – víctimas y testigos

486.5 (1) A menos que se libre una orden según el artículo 486.4, a pedido del fiscal, de la víctima o del testigo, el juez o magistrado puede librar una orden instruyendo que no se publique en cualquier documento, televise o transmita de modo alguno toda aquella información que pudiera identificar a la víctima o testigo si el juez considera que la orden es necesaria para una correcta administración de la justicia.

Miembros del sistema de justicia

(2) A pedido de un miembro del sistema de justicia, que esté involucrado en los procedimientos respecto de un delito mencionado en el inciso 486.2(5) o del fiscal en dichos procedimientos, el juez o magistrado libra una orden instruyendo que no se publique, televise o transmita de modo alguno, toda aquella información que pueda identificar al miembro del sistema de justicia si el juez o magistrado considera que la orden es necesaria para la correcta administración de la justicia.

Limitación

(3) Una orden realizada según este artículo no se aplica respecto de la divulgación de información durante el proceso de administración de justicia si el fin de la divulgación no es hacer de conocimiento público la información en la comunidad.

Solicitud y notificación

(4) El solicitante de una orden deberá

- (a) dirigirse por escrito al presidente del tribunal o el magistrado o, si no se han designado jueces o magistrados, al juez del tribunal superior con jurisdicción en lo penal en el distrito judicial donde se llevará a cabo el proceso; y
- (b) notificar la solicitud al fiscal, el imputado y cualquier otra persona que se vea afectada por la orden especificada por el juez o magistrado.

Causas

(5) Quien solicite que se libre una orden deberá determinar las causas en las que se basa para establecer que esa orden es necesaria para la correcta administración de justicia.

Celebración de audiencia

(b) El juez o magistrado puede celebrar una audiencia para determinar si debería librarse la orden, y dicha audiencia se llevará a cabo en privado.

Hechos a considerar

(7) Para determinar si se debe librar la orden, el juez o magistrado deberá considerar

- (a) el derecho a una audiencia pública y justa,
- (b) si existe un riesgo real y sustancial que la víctima, testigo o miembro del sistema de justicia sufrirá un daño significativo si se revelara su identidad;
- (c) si la víctima, testigo o miembro del sistema de justicia necesita la orden por razones de seguridad o para protegerse de intimidación o represalias;
- (d) el interés de la sociedad en alentar las denuncias de delitos y la participación de las víctimas, los testigos y los miembros del sistema de justicia en el proceso de justicia penal;
- (e) si hay alternativas efectivas disponibles para proteger la identidad de la víctima, el testigo o el miembro del sistema de justicia;
- (f) los efectos salutariferos y perjudiciales de la orden propuesta;
- (g) el impacto de la orden propuesta en la libertad de expresión de aquellos a los que afecta; y
- (h) cualquier otro factor que el juez o magistrado considere relevante.

Condiciones

(8) Toda orden puede estar sujeta a cualquier condición que el juez o magistrado considere conveniente.

Prohibida la publicación

(9) A menos que el juez o magistrado se niegue a librar una orden, ninguna persona publicará ningún documento o transmitirá de cualquier manera

- (a) los contenidos de la solicitud;
- (b) toda evidencia presentada, información otorgada o presentaciones realizadas en la audiencia según el inciso (6); o
- (c) cualquier otra información que pudiera identificar a la persona a quien la solicitud se refiere como víctima, testigo o miembro del sistema de justicia en el proceso.

2005, c. 32, s. 15.

Delito

486.6 (1) Toda persona que no cumpla con una orden librada según el inciso 486.4(1), (2) ó (3) ó 486.5(1) ó (2) es culpable de un delito punible de condena penal emitida por un juez sin intervención de un jurado.

Aplicación de la orden

(2) Para mayor seguridad, la orden mencionada en el inciso (1) tiene el fin de prohibir, en relación con los procedimientos contra toda persona que no cumpla con la orden, la publicación de cualquier documento, televisión o transmisión de modo alguno de la información que pudiera identificar a una víctima, un testigo o miembro del sistema de justicia, cuya identidad esté protegida por la orden.
2005, c. 32, s. 15.

Testimonio de niños y jóvenes respecto de la fecha de nacimiento

658. (1) En todos los procesos a los que se aplica esta Ley, el testimonio de una persona respecto de la fecha de su nacimiento es admisible como prueba de esa fecha.

Testimonio de los padres

(2) En todos los procesos a los que se aplica esta Ley, el testimonio de uno de los padres respecto de la edad de una persona de la que es padre o madre es admisible como prueba de la edad de esa persona.

Evidencia de la edad

(3) En todos los procedimientos a los que esta Ley es aplicable,
(a) un certificado de nacimiento o bautismo o una copia de dicho certificado que pretenda estar certificado por la mano de la persona que lo custodia es prueba de la edad de esa persona; y
(b) una entrada o un registro de una sociedad constituida o sus funcionarios, que hayan tenido el control o cuidado de un niño o joven cerca del momento en que el niño o joven fue traído a Canadá, es prueba de la edad del niño o joven si la entrada o el registro se realizó antes del tiempo en que se alega que se cometió el delito.

Otras pruebas

(4) En ausencia de certificado, copia, entrada, o registro mencionado en el inciso (3), o en corroboración de todo certificado, copia, entrada o registro, el jurado, juez, magistrado o juez de tribunal provincial, según sea el caso, puede recibir y actuar sobre cualquier otra información relacionada con la edad que consideren confiable.

Inferencia según la apariencia

(5) En ausencia de otra prueba, o mediante la corroboración de otra prueba, el jurado, juez, magistrado o juez del tribunal provincial, según corresponda, puede inferir la edad de un niño o joven según su apariencia.
R.S., 1985, c. C-46, s. 658; 1994, c. 44, s. 64.

Corroboración

Prueba del niño

659. Se revocará todo requisito mediante el cual sea obligatorio para un tribunal advertir al jurado acerca de la condena de un acusado en base a las pruebas brindadas por un niño.
R.S., 1985, c. C-46, s. 659; R.S., 1985, c. 19 (3º Supp.), s. 15; 1993, c. 45, s. 9.
(...)

Pruebas grabadas en video

Pruebas de una víctima o un testigo menor de 18 años

715.1 (1) En todo procedimiento contra el acusado en que una víctima u otro testigo sea menor de dieciocho años al momento en que se alega que se cometió el delito, una grabación en video realizada dentro de un tiempo razonable con posterioridad al delito alegado, donde la víctima o el testigo describe los hechos sobre los que se basa la demanda, es admisible como prueba si la víctima o el testigo, durante su testimonio, adopta los contenidos de la grabación en video, a menos que el presidente del tribunal o magistrado considere que la admisión de la grabación en video como prueba interferiría con la correcta administración de la justicia.

Orden que prohíbe el uso

(2) El presidente del tribunal o magistrado puede prohibir cualquier otro uso de la grabación en video que se mencione en el inciso (1).
R.S., 1985, c. 19 (3º Supp.), s. 16; 1997, c. 16, s. 7; 2005, c. 32, s. 23.

Prueba de víctima o testigo con discapacidad

715.2 (1) En todo procedimiento contra el acusado en que una víctima u otro testigo pueda comunicar las pruebas pero presente dificultades en hacerlo a causa de una discapacidad física o mental, una grabación en video realizada dentro de un tiempo razonable con posterioridad al delito alegado, donde la víctima o el testigo describe los hechos sobre los que se basa la demanda, es admisible como prueba si la víctima o el testigo, durante su testimonio, adopta los contenidos de la grabación en video, a menos que el presidente del tribunal o magistrado considere que la admisión de la grabación en video como prueba interferiría con la correcta administración de la justicia.

Orden que prohíbe el uso

(2) El presidente del tribunal o magistrado puede prohibir cualquier otro uso de la grabación en video que se menciona en el inciso (1).
1998, c. 9, s. 8; 2005, c. 32, s. 23.

APÉNDICE "B"

Artículos relevantes de la Ley de Pruebas de Canadá

E.R.C. 1985, c.C-5, según modificaciones

Juramentos y declaraciones solemnes y formales

Quiénes pueden administrar juramentos

13. Todo tribunal y juez, y toda persona que posea, por ley o consentimiento de las partes, autoridad para escuchar y recibir pruebas, tiene la facultad de administrar juramento a todo testigo que sea llamado legalmente a proporcionar pruebas ante dicho tribunal, juez o persona. R.S., c. E-10, s. 13.

Declaración solemne y formal de parte de un testigo en lugar de juramento

14. (1) En lugar de prestar juramento, una persona puede realizar la siguiente declaración solemne y formal: Yo solemnemente declaro que las pruebas a ser proporcionadas por mí serán la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

Efectos

(2) En los casos en que una persona realice una declaración solemne y formal según el inciso (1), sus pruebas se considerarán y tendrán el mismo efecto que si se hubieran presentado bajo juramento. R.S., 1985, c. C-5, s. 14; 1994, c. 44, s. 87.

Declaración solemne y formal por el declarante

15. (1) En los casos en que una persona de la que se requiere o que desea realizar una declaración jurada o una declaración jurada extrajudicial en un proceso o en una ocasión donde el juramento es necesario o legítimo respecto de un asunto donde el juramento es necesario o legítimo, sea que esté en período de recepción de constancias o de otro modo, no desee prestar juramento, el tribunal o el juez, u otro funcionario o persona calificada para tomar declaraciones juradas o declaraciones juradas extrajudiciales permitirá a la persona realizar su declaración solemne y formal con las siguientes palabras, a saber, "Yo,....., declaro solemnemente, etc.", y esa declaración solemne y formal tendrá la misma fuerza y efecto como si la persona hubiera prestado juramento.

Efectos

(2) Todo testigo cuya evidencia sea admitida o que realice una declaración solemne y formal según este artículo o el artículo 14 es culpable pasible de acusación y condena por perjuicio en todas las consideraciones que haya prestado juramento.
R.S., 1985, c. C-5, s. 15; 1994, c. 44, s. 88.

Testigo cuya capacidad se cuestiona

16. (1) Si un testigo propuesto es una persona de catorce años de edad o mayor sobre la que se cuestiona su capacidad mental, antes de permitirle a dicha persona brindar pruebas, el tribunal deberá llevar a cabo una investigación para determinar
(a) si la persona comprende la naturaleza de un juramento o declaración solemne y formal; y
(b) si la persona puede comunicar las pruebas.

Testimonio bajo juramento o declaración solemne y formal

(2) Una persona mencionada en el inciso (1) que comprende la naturaleza de un juramento o declaración solemne y formal y puede comunicar las pruebas testificará bajo juramento o declaración solemne y formal.

Testimonio bajo promesa de decir la verdad

(3) Una persona mencionada en el inciso (1) que no comprenda la naturaleza de un juramento o declaración solemne y formal pero que pueda comunicar las pruebas, puede, independientemente de toda disposición en una Ley que requiera un juramento o declaración solemne y formal, testificar bajo promesa de decir la verdad.

Incapacidad de prestar testimonio

(4) Una persona mencionada en el inciso (1), que no comprenda la naturaleza de un juramento o declaración solemne y formal y tampoco pueda comunicar las pruebas, no prestará testimonio.

Deber según la capacidad del testigo

(5) Una parte que cuestione la capacidad mental de un testigo propuesto de catorce años o más tiene el deber de demostrar al tribunal que existe un problema en cuanto a la capacidad del testigo propuesto para prestar testimonio bajo juramento o declaración solemne y formal.
R.S., 1985, c. C-5, s. 16; R.S., 1985, c. 19 (3º Supp.), s. 18; 1994, c. 44, s. 89; 2005, c. 32, s. 26.

Individuo menor de catorce años

16.1 (1) Se presume que un individuo menor de catorce años tiene la capacidad para prestar testimonio.

Sin juramento o declaración solemne y formal

(2) Un testigo propuesto menor de catorce años de edad no prestará juramento ni realizará una declaración solemne y formal a pesar de toda disposición de cualquier Ley que requiera juramento o declaración solemne y formal.

Recepción de pruebas

(3) Se recibirán las pruebas de un testigo propuesto menor de catorce años de edad si fuera capaz de comprender y responder las preguntas.

Deber según la capacidad del testigo

(4) Una parte que cuestione la capacidad mental de un testigo propuesto de catorce años tiene el deber de demostrar al tribunal que existe un problema en cuanto a la capacidad del testigo propuesto para comprender y responder las preguntas.

Investigación del tribunal

(5) Si el tribunal queda satisfecho respecto de que existe un problema relacionado con la capacidad de un testigo propuesto, menor de catorce años, para comprender y responder las preguntas, deberá llevar a cabo una investigación para determinar si puede comprender y responder las preguntas antes de permitirle prestar testimonio.

Promesa de decir la verdad

(6) Antes de permitirle al testigo propuesto menor de catorce años proporcionar pruebas, el tribunal deberá solicitarle que prometa decir la verdad.

Comprensión de la promesa

(7) Al testigo propuesto menor de catorce años no se realizarán preguntas relacionadas con su comprensión de la naturaleza de la promesa de decir la verdad con el fin de determinar si sus pruebas serán recibidas por el tribunal.

Efectos

(8) Para mayor seguridad, si el tribunal acepta la prueba de un testigo menor de catorce años, tendrá el mismo efecto que si se hubiera proporcionado bajo juramento. 2005, c. 32, s. 27.

APÉNDICE "C"

Artículos Relevantes de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades

Siendo la Parte I de la Ley de Constitución, 1982, promulgada por la Ley de Canadá 1982 (R.U.), c. 11; proclamada en vigencia el 17 de abril de 1982.

En tanto que Canadá se fundó sobre principios que reconocen la supremacía de Dios y el estado de derecho:

Garantía de Derechos y Libertades

Derechos y libertades en Canadá

1. La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza que los derechos y las libertades allí descritas pueden justificarse manifiestamente en una sociedad libre y democrática sujeto solamente a aquellos límites razonables establecidos por ley.

Libertades fundamentales

2. Todas las personas poseen las siguientes libertades fundamentales:

- a) libertad de conciencia y religión;
 - b) libertad de pensamiento, creencia, opinión y expresión, incluyendo la libertad de prensa y otros medios de comunicación;
 - c) libertad de reunión pacífica; y
 - d) libertad de asociación.
- (...)

Derechos legales

Vida, libertad, y seguridad de la persona

7. Todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y derecho de no ser privadas de los mismos excepto conforme a los principios de la justicia esencial.

Inspección o incautación

8. Todas las personas tienen derecho a estar protegidas contra inspecciones o incautaciones irrazonables.

Detención o encarcelamiento

9. Todas las personas tienen el derecho a no ser detenidas o encarceladas en forma arbitraria.

Arresto o detención

10. Ante arresto o detención, todas las personas tienen derecho a:

- a) ser informadas rápidamente sobre las razones del arresto o detención;
- b) conservar e instruir a su abogado sin demora alguna y a que se las informe de tal derecho; y
- c) que se determine la validez de la detención mediante hábeas corpus y a ser liberadas si la detención no es legítima.

Procesos en cuestiones criminales y penales

11. Toda persona acusada de haber cometido un delito tiene derecho:

- a) a que se le informe sin demora irrazonable sobre el delito específico;
- b) a que se la juzgue dentro de un tiempo razonable;
- c) a que no se la obligue a ser testigo en un proceso contra esa persona relacionada con el delito,
- d) a que se la considere inocente hasta que se demuestre culpable según la ley en una audiencia pública y justa ante un tribunal independiente e imparcial;
- e) a que no se le niegue fianza razonable sin causa justa;
- f) salvo en caso de un delito bajo la ley militar juzgado ante un tribunal militar, al beneficio de juicio por jurado donde la pena máxima por el delito es el encarcelamiento por cinco años o una condena mucho más severa;
- g) a que no se la encuentre culpable sobre la base de cualquier acto u omisión a menos que, al momento del acto u omisión, éste constituyera un delito según las leyes canadienses o internacionales o un delito penal según los principios de derecho generales reconocidos por la comunidad de las naciones;
- h) si finalmente se la absuelve del delito, a que no se la juzgue nuevamente por ese delito y, si finalmente se la encontró culpable y se la condenó por el delito, a que no se la juzgue o condene nuevamente por ese delito; y
- i) si se la encuentra culpable del delito y si la condena por el mismo ha variado entre el momento en que se lo cometió y el momento de la sentencia, al beneficio de la menor condena.

Tratamiento o condena

12. Todas las personas gozan del derecho a no estar sujetas a todo trato o condena cruel e inusual.

Autoincriminación

13. Un testigo que declare en todo proceso tiene derecho a que no se utilice ninguna prueba incriminatoria en su contra en cualquier otro proceso, salvo en el procesamiento por perjuicio o para la presentación de pruebas contradictorias.

Intérprete

14. Una parte o un testigo de un proceso, que no comprenda o hable el idioma en que se lleva a cabo el proceso o que sea hipoacúsico, tiene el derecho a la ayuda de un intérprete.

Derechos de igualdad

Igualdad ante la ley y protección y beneficio igualitario de la ley

15. (1) Todo individuo es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación de raza, nacionalidad, origen étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.

Programas de acción afirmativa

(2) El inciso (1) no excluye ninguna ley, programa o actividad que tenga como objeto la mejoría de las condiciones para individuos o grupos en desventaja, incluyendo aquellos que se encuentren en desventaja por razones de raza, nacionalidad u origen étnico, raza, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.

Cumplimiento

Cumplimiento de los derechos y las libertades garantizadas

24. (1) Todas aquellas personas cuyos derechos y libertades, garantizados por esta Carta, hayan sido violados o negados, pueden recurrir a un tribunal competente para obtener una medida que el tribunal considere apropiada y justa según las circunstancias.

Exclusión de pruebas que desprestigien la administración de justicia

(2) En los casos donde, en los procesos conforme el inciso (1), un tribunal resuelva que la prueba se obtuvo de un modo que viola o niega los derechos y las libertades garantizadas por esta Carta, la prueba será excluida si se establece que, considerando todas las circunstancias, su admisión en el proceso desprestigaría la administración de justicia.

APÉNDICE "D"

Glosario conciso. Algunos principios y términos legales canadienses

Diccionario de Derecho Canadiense, 3ra ed., 2004, Thomson Canada Ltd., y se citan otras fuentes.

Sistema contencioso: Sistema en el que las controversias entre partes opuestas se resuelven mediante un árbitro imparcial luego de observar la evidencia y escuchar los argumentos presentados por ambas partes.

Sistema acusatorio: La audiencia y comprobación de pruebas en el sistema contencioso⁷⁹.

Cuestionamiento de la Carta: Solicitud legal para cuestionar una ley o la admisibilidad de pruebas sobre la base de una violación alegada de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades.

Niño: Cuando utilizo "niño" en el ensayo me refiero a un individuo menor de dieciocho años⁸⁰.

Corroboración: Confirmación del testimonio de un testigo por un testigo independiente.

Contra-interrogatorio: Preguntas a un testigo llamado por la otra parte, que pueden sugerir la respuesta al testigo.

Interrogatorio directo: Las preguntas de una parte a sus propios testigos, que pueden no sugerir la respuesta al testigo.

Prueba testimonial de referencia: Referencia a algo que dijo otra persona.

Regla de la prueba de referencia: Toda prueba de conducta escrita, oral o de comunicación de una persona que no es testigo, es inadmisibile como prueba de la verdad de las declaraciones o como prueba de las afirmaciones implicadas contenidas en las afirmaciones.

Excepción por principios: Una declaración de prueba de referencia será admisible respecto de la verdad de su contenido si cumple con los requisitos individuales de "necesidad" y "confiabilidad". Estos dos requisitos sirven para minimizar los peligros probatorios normalmente asociados con las pruebas de un declarante extrajudicial, como la ausencia del juramento o declaración formal, la incapacidad del juez para determinar el comportamiento del declarante, y la falta de formulación de repreguntas contemporáneas⁸¹.

Testimonio directo: Pruebas presentadas por una parte para probar su caso.

Voir Dire: Un "juicio dentro de un juicio". Describe un procedimiento que tiene lugar para determinar la admisibilidad de ciertas pruebas⁸².

79 Véase *Canadians for the Abolition of the Seal Hunt v. Canada* (Canadienses a favor de la Abolición de la Caza de focas v. Canadá) (Ministerio de Pesca y Medioambiente) (1980), 111 D.L.R. (3d) 222: "El procedimiento en nuestros Tribunales se basa en el sistema contencioso, lo que significa que cada parte debe presentar las pruebas en las que se intenta basar y refutar las pruebas de la otra parte mediante la formulación de repreguntas a sus testigos o pruebas de refutación..."

80 Véase "R. v. Ogg-Moss" [1984], 2 S.C.R. 173: "Tanto en el lenguaje común como en el concepto legal, el término 'niño' posee dos significados principales. Uno hace referencia a la edad cronológica y se opone al término 'adulto'; el otro hace referencia al linaje y es recíproco al término 'padre'. En el primer sentido, la definición de 'niño' en derecho consuetudinario es toda persona menor de catorce años. Esta definición puede modificarse mediante disposición legal: véase, por ejemplo, la Ley para el Bienestar del Niño, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1); la Ley de Instituciones para el Niño, R.S.O. 1980, c. 67, s. 1(c) y la Ley de Servicios Residenciales para el Niño, R.S.O. 1980, c. 71, 1(b). Sin embargo, ninguna modificación legal determina una edad superior a la correspondiente para la mayoría de edad que, en Ontario, según la Ley de Responsabilidad y Mayoría de Edad, R.S.O. 1980, c. 7, s. 1(1), es de 18 años. En el segundo sentido, la definición de 'niño' en derecho consuetudinario es la descendencia legítima de un padre; sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones esta definición ha sido modificada por la ley para considerar a toda la descendencia, sean legítimos o no, como los 'niños' de sus padres biológicos o adoptivos: véase, por ejemplo, la Ley de Reforma de los Derechos del Niño, R.S.O. 1980, c. 68, s. 1".

81 "R. v. Hawkins" [1996], 3 S.C.R. 1043.

82 "R. v. Brydon" (1983), 6 C.P.C. (3d) 68 a 70 (B.C.C.A.)

MENORES VICTIMIZADOS Y PROCESO PENAL:

Una propuesta de análisis del modelo español a la luz de los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *a propósito de la STEDH, caso "S. N. c. Suecia", del 2 de julio de 2002*

Javier Hernández García¹

1. Introducción

La presencia de los menores en el proceso penal comporta importantes problemas que se proyectan no sólo en la identificación de los mecanismos probatorios mediante los cuales aquélla debe hacerse efectiva, sino también en la necesidad de realizar complejas operaciones ponderativas de los intereses en conflicto, todos ellos de alta densidad constitucional. El proceso penal basado en el paradigma irrenunciable de garantías diseñadas por la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por España no puede desconocer el derecho del inculpado a un proceso justo y equitativo, pero tampoco puede despreocuparse de la protección efectiva de la salud física y psíquica de aquellos que intervienen como víctimas especialmente vulnerables del delito. El conflicto, agudizado por el precario marco legal del que deben extraerse las soluciones, adquiere una evidente dimensión práctica y, no cabe ocultarlo, una repercusión social y mediática. La decisión de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona por la que se ordenó la presencia de las menores víctimas de abuso sexual presuntamente cometido por su profesor de artes marciales, a los efectos de interrogarlas en presencia del acusado, en contra del criterio de los especialistas, es un buen ejemplo de lo antedicho. Conlleva el inevitable efecto de reapertura, o "actualización" de la polémica sobre la necesidad o no, de la asistencia de los menores al acto de la vista oral para prestar declaración en calidad de testigos².

La particular importancia de la sentencia del TEDH, objeto del presente comentario, no reside ni en la novedad ni en la trascendencia configurativa de la decisión. En puridad, la decisión convalidatoria nuclear –la suficiencia acreditativa del testimonio obtenido en la fase preprocesal– reúne escasas condiciones de "exportación" a nuestro proceso, como veremos en el apartado siguiente. Los intensos déficit de jurisdiccionalidad en la formación del material probatorio preconstituido que concurren en el proceso penal sueco impedirían, a buen seguro, la utilizabilidad acreditativa en el proceso penal español del testimonio del menor víctima, presunta, de los abusos sexuales que conforman la *notitia criminis*³.

2 La polémica se ha suscitado no sólo en el ámbito de la comunidad jurídica sino que ha trascendido, también, a la sociedad reflejándose en los medios de comunicación social, acentuándose tras conocerse el fallo absolutorio dictado por el Tribunal de instancia. Véase, por ejemplo, *El País* de 18-5-2005; *El Mundo* de 19-5-2005; *El Avui* de 19-5-2005; *La Vanguardia*, de 30-6-2005; *El País*, de 22 y 23 de julio de 2005.

1 Presidente de la Sección Cuarta, Penal y de Violencia contra la mujer, de la Audiencia Provincial de Tarragona, España.

Una vez más, el interés de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se centra en la valiosa correspondencia entre *tono y sentido* de la decisión, en la admirable identificación y delimitación fáctica del conflicto de intereses que sustenta el gravamen y en la aparente sencillez del discurso argumental por el que se justifica la opción ponderativa.

El interés de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se centra en la valiosa correspondencia entre tono y sentido de la decisión, en la admirable identificación y delimitación fáctica del conflicto de intereses que sustenta el gravamen y en la aparente sencillez del discurso argumental por el que se justifica la opción ponderativa.

La sentencia dictada en el caso "S. N." permite observar con claridad cómo el Tribunal hace uso, una vez más, de la cláusula del *proceso equitativo* como instrumento metodológico de primer orden para la toma de decisión. La cláusula del *fairness*³ se desdobra en dos reglas operativas: primera, la necesidad de observar el proceso desde su plenitud, en su total desarrollo. El presupuesto para reconocer una violación del principio en cuestión no puede ir referido a la identificación de irregularidad o menoscabo de garantías específicas en una concreta vicisitud procedimental, sino que ha de atender si el proceso, en su conjunto, responde a una idea global de corrección y equilibrio⁵. Segunda, la cláusula de equidad obliga a extender el espacio de protección y de tutela a sujetos diferentes al acusado, como una suerte de factor de corrección, equilibrador, del exceso de unilateralidad en la concepción y desarrollo de los derechos de defensa. Dicha extensión introduce una nueva idea de centralidad en las posiciones subjetivas del proceso penal y en la necesidad de salvaguarda de determinados bienes primarios de la víctima o de los testigos como la vida, la libertad, la seguridad o la vida privada y familiar (cfr. art. 8.1, CEDH). Para el TEDH, los principios del proceso equitativo imponen que, en supuestos de grave conflicto, los intereses de defensa del imputado sean *balanceados* con los intereses de la víctima o del testigo llamado a testimoniar⁶.

En este sentido, el valor paradigmático de la resolución reside, precisamente, en la fidelidad al método valorativo. El TEDH, en la búsqueda del equilibrio, no oculta la irreductible necesidad de modular el alcance de la garantía de contradicción, en particular en su manifestación de intervención directa del imputado o su defensor en la producción del testimonio de cargo. Para ello el Tribunal individualiza con absoluta claridad los términos del conflicto de intereses, "validando" la regla procesal interna por la que, ante el riesgo de una excesiva victimización del menor de edad en los procesos por delitos sexuales, puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales⁷. Pero, el TEDH no se limita a una comprobación *in abstracto* de la razonabilidad de

3 El TEDH, con su decisión, sitúa el umbral de condiciones de producción probatoria en un nivel sensiblemente más bajo que el utilizado por nuestro Tribunal Constitucional para medir el grado de compatibilidad entre sentencias condenatorias basadas en material probatorio preconstituido y el canon de suficiencia derivado del derecho a la presunción de inocencia del acusado. Las condiciones de acreditación de los testimonios prestados en fase instructora por la vía del art. 730, LECrim, reclaman que las actuaciones de las que se trate sean, en principio, no reproducibles en el juicio oral; intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción, y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido (Vid., entre otras, SSTC 187/2003, 38/2003, 195/2002, 94/2002, 12/2002, 2/2002, 209/2001).

4 Como concepto dirigido esencialmente a postular el equilibrio y la capacidad de llegar allí donde no llega la justicia *legalística*. PRADEL, "La notion de procès équitable en droit pénal européen", *Revue générale de droit*, 1996, pág. 507, pero sin que ello implique un desplazamiento de las reglas en el nombre de imprecisos valores superiores. GUINCHARD, "Vers une démocratie procédurale", *Justices*, 1999, pág. 103.

5 STEDH, caso "Artico c. Italia", de 13 de mayo de 1980.

6 STEDH, caso "Doorson c. Países Bajos", de 26 de marzo de 1996.

7 En contraste con la sensibilidad victimológica del TEDH, en particular en supuestos de víctimas menores de edad, estremece todavía la lectura de la STS de 16 de junio de 1998, por la que, en un ejemplo de *absolutización* formalista del método contradictorio de producción plenaria de la prueba testifical de cargo, casó por quebrantamiento de forma, la sentencia de instancia por que el tribunal provincial había permitido la separación visual de los testigos, niñas de ocho y seis años de edad, de los acusados, entre éstos el propio padre, mediante la colocación de un biombo en la sala de vistas. Los hechos justiciables venían referidos a una sucesión prolongada de supuestos actos de abuso sexual, consistentes en tocamientos en las partes externas de la vagina, penetraciones digitales y felaciones. El argumento principal utilizado por la Sala Segunda insistía en la *primacía absoluta* del interés del acusado a que la prueba se produjera en condiciones reales de contradicción que implicaban, al parecer del TS, la confrontación visual, "la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero (RCL 1996\145), de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal [artículo 11.2, d)]. La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido." Además de la grave tautología que encierra la parte final del argumento –el hipotético perjuicio para el desarrollo del menor sólo puede evitar la confrontación si se prueba el hecho, objeto de acusación, si bien para ello es necesaria, como condición o modo probatorio, la confrontación visual– la sentencia, al *absolutizar* sin matices un valor del proceso, renuncia a lo que constituye, precisamente, el núcleo esencial de la labor de los Tribunales en el proceso penal que no es otra cosa que la ponderación constitucionalmente razonable de los valores, intereses y derechos en conflicto. No obstante, el rechazo social y jurídico que provocó la decisión de la Sala Segunda tuvo una pronta, si bien incompleta, reacción legislativa, mediante la Ley Orgánica 14/99, que *legalizó* algunos usos victimológicos, entre otros, la posibilidad de evitar mediante medios físicos o audiovisuales la confrontación entre víctima y presunto victimario, en delitos violentos o sexuales.

la regla del derecho interno desde las exigencias que impone el CEDH sino que además, "repara" con detalle el conjunto de las actuaciones procedimentales, incluida la propia actividad defensiva y pretensional de la parte, para determinar si, de conformidad al canon de la totalidad, el acusado ha dispuesto de una *oportunidad adecuada y suficiente*⁸ de interferir en la producción del medio de prueba y de poder influir en su valoración por parte del tribunal enjuiciador⁹. La conclusión mayoritaria del Tribunal es que el Sr. S. N. disfrutó de un proceso estructuralmente equitativo. La sentencia afirma que sin perjuicio de las concretas condiciones en las que se produjo la grabación videográfica del testimonio preprocesal del menor-víctima, que marcaban, en efecto, niveles deficitarios de intervención contradictoria, el conjunto de las actuaciones, sin embargo, permite considerar que la fuente de prueba se introdujo en el circuito del contradictorio en condiciones suficientes para la efectiva defensa del acusado. Como afirma Ubertis, "en puridad la Jurisprudencia europea no pretende que del contradictorio emerja el elemento de prueba utilizado por el juez para decidir, sino que como mínimo la contradicción aparezca diferida al espacio de producción de la fuente de prueba"¹⁰.

La doctrina S. N. sirve para confirmar, una vez más, frente a concepciones rígidas que esconden un hipertrofiado *garantismo* de corte formalista, la ductilidad de los principios y valores del proceso justo y, por ende, la dificultad ponderativa que encierra toda decisión judicial en caso de conflicto. Precisamente, el indeclinable compromiso con los presupuestos de un proceso justo reclama de todos los agentes que intervienen en el mismo, en particular de los jueces, un esfuerzo de conservación y desarrollo racional que lo inmunice contra los riesgos de *neodefensismo* y de *funcionalización* al servicio de una política-criminal de sesgos preocupantes. El *hipergarantismo* formalista encierra, sin duda, uno de los mayores riesgos para la preservación de los valores sobre los que se sustenta un modelo procesal penal compatible con las exigencias de la Constitución y del CEDH. La sentencia del TEDH objeto de comentario constituye un buen ejemplo de ponderación, no tanto por la concreta solución a la que llega sino por el método que utiliza para llegar a ella; de ahí, su alto y renovado interés.

La sentencia del TEDH objeto de comentario constituye un buen ejemplo de ponderación, no tanto por la concreta solución a la que llega sino por el método que utiliza para llegar a ella; de ahí, su alto y renovado interés.

2. Antecedentes fácticos: las circunstancias del caso

A los efectos del presente comentario, cabe destacar los siguientes hechos:

El procedimiento penal del que trae causa esta sentencia se inició para investigar la comisión de un posible delito de abuso sexual presuntamente cometido por el demandante en la persona de un menor de edad (de 10 años), identificado como M. Durante la investigación policial el menor-víctima fue interrogado en dos ocasiones por la policía. En la primera entrevista, grabada por video, los padres del menor y un representante de los Servicios Sociales permanecieron en una sala adyacente. En aquel momento, el demandante no había sido informado de las sospechas que recaían sobre él por lo que no se le había designado ningún abogado. El segundo interrogatorio del menor fue solicitado por el letrado del demandante, una vez designado, celebrándose en el domicilio de los padres de M. Esta segunda entrevista fue grabada en cinta de audio, con la presencia de los padres del menor, no así del letrado del menor ni tampoco del letrado del demandante, quien estuvo de acuerdo en que se podía llevar a cabo la entrevista sin su participación. En

8 SSTEDH, caso "Birutis", de 28 de marzo de 2002; caso "P. S.", de 20 de enero de 2001; caso "Camilleri", de 16 de marzo de 2000.

9 Sobre la interesante distinción entre principio de contradicción en la formación de la prueba y contradicción en la crítica valorativa de la prueba, FERRUJA, P, "Processo penale e verità", en *La Bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforma*, Milano, 2001, pág. 218; ILLUMINATI, G, "La nuova disciplina in materia di formazione e di valutazione della prova", en *Compendio de Procedure Penale*, CONSO-GREVI, *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, pág. 126.

10 UBERTIS, G, "Doppio binario, contraddittorio sulla fonte di prova e incompatibilità del giudice", en *Argomenti di Procedura Penale*, Milano, 2002, pág. 182.

ambas ocasiones el mismo funcionario de policía realizó el interrogatorio, ya que desde hacía unos seis años se dedicaba exclusivamente a investigaciones referentes a malos tratos y abusos sexuales de menores. Con carácter previo al segundo interrogatorio, el inspector detective y el abogado del demandante mantuvieron una entrevista al objeto de concretar qué aspectos del caso debían abordar durante el interrogatorio del menor. Después, el abogado del demandante escuchó la cinta de audio del interrogatorio, y se le entregó una transcripción, y, entendiéndolo que los puntos planteados en su solicitud habían sido cubiertos, no solicitó la celebración de un nuevo interrogatorio.

El TEDH inicia su argumentación reconociendo, según una doctrina consolidada, que las garantías del art. 6.3.d), CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) establecido en el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (apdo. 43).

En el acto del juicio oral el demandante negó los cargos. Acto seguido, se procedió a mostrar el video del primer interrogatorio de M., y a pasar la cinta de audio del segundo. También se interrogó, como testigos, a la madre del menor y a su profesor, quien al tener sospechas de que M. pudiera haber sido objeto de abusos sexuales había puesto los hechos en conocimiento de los Servicios Sociales. Ninguna de las partes solicitó que el menor M. fuera interrogado en persona. El Tribunal de instancia condenó al demandante a 8 meses de prisión, basándose fundamentalmente en las declaraciones del menor M., que aseguró que, en un gran número de ocasiones, el acusado le había tocado el pene o lo había masturbado y, a su vez, lo había inducido a tocarle el pene y a masturbarlo.

En segunda instancia se volvió a oír al demandante, así como a la madre de M. y a su profesor y se pasó de nuevo el video del primer interrogatorio y la cinta del segundo. Tampoco en esta ocasión el demandante solicitó que M. declarara durante la vista. El Tribunal de apelación confirmó la sentencia condenatoria, aunque redujo la pena a tres meses de prisión. Argumentó en la sentencia que la información facilitada por el menor era, en algunas partes, vaga e incierta y que algunas de las preguntas que se le habían formulado sugerían la respuesta deseada, a pesar de lo cual, a juicio del Tribunal, dichas declaraciones no debían menospreciarse¹¹.

El demandante acudió ante el Tribunal Supremo denunciando que su letrado en ningún momento había podido interrogar al menor, criticando, además, la manera en que M. había sido interrogado y el hecho de que sus afirmaciones eran vagas y contradictorias. El TS denegó al demandante su derecho a recurrir.

3. Exposición de la doctrina del TEDH

Como hemos señalado, en su demanda el Sr. S. N se quejaba de que no había tenido un juicio justo porque no había tenido la oportunidad de interrogar al menor M., basando su pretensión en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3.d), CEDH¹².

El TEDH inicia su argumentación reconociendo, según una doctrina consolidada, que las garantías del art. 6.3.d), CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*)¹³ establecido en el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (apdo. 43)¹⁴.

11 Véase el apartado 18 de la sentencia, en donde se recoge con detalle la argumentación del Tribunal de apelación.

12 Véase, más ampliamente, apartados 39-42 de la sentencia comentada.

13 Sobre la noción de proceso equitativo en el marco del proceso penal según la jurisprudencia del TEDH pueden consultarse, entre otros: TRECHSEL, Stefan, "La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea", en *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, pág. 125 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J. J., "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, pág. 303 y ss.

14 Véase, entre otras muchas, SSTDH caso "Doornson c. Países Bajos", de 26 marzo de 1996, apdo. 66; caso "Van Mechelen y otros c. Países Bajos", de 23 abril de 1997, apdo. 49; "Lucà c. Italia", de 27 febrero de 2001, apdo. 37.

Aunque, como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en una audiencia pública (*public hearing*) para poder tener un debate basado en el principio de contradicción (*adversarial argument*)¹⁵, reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d del art. 6, CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa¹⁶. Tales derechos exigen, como norma, que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración, bien en una fase posterior del procedimiento (apdo. 44)¹⁷. El TEDH también llama la atención sobre el hecho de que el art. 6º, CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal, correspondiendo a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (apdo. 44)¹⁸.

Dado que, como constata el TEDH, las declaraciones del menor M. fueron la prueba decisiva sobre la que los Tribunales nacionales suecos fundamentaron la declaración de culpabilidad del demandante, debe procederse a examinar si tuvo la oportunidad adecuada de ejercer sus derechos de defensa en los términos exigidos por el art. 6º CEDH (apdo. 46). En este punto, el TEDH advierte de las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales, porque éstos se conciben a menudo como una experiencia difícil y terrible para las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad. Para valorar si en dichos procedimientos el acusado ha tenido o no un juicio justo, se debe tener en cuenta, también, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima¹⁹. Desde esta óptica, el TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa²⁰. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las dificultades con que se encontró la defensa²¹.

El TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa²⁰. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las dificultades con que se encontró la defensa.

15 Este principio ya se había proclamado, con anterioridad, en la STEDH caso "Barberá, Messegué y Jabardo c. España", de 6 diciembre de 1988, en cuyo apartado 78 se declaraba que "del objeto y finalidad del artículo 6 y de la redacción de algunos párrafos del apartado 3º, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un Tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio". En la misma línea se pronuncian, entre otras, SSTEDH caso "Kostovski c. Países Bajos", de 20 noviembre de 1989, apdo. 41; caso "Asch c. Austria", de 26 abril de 1991, apdo. 27.

16 SSTEDH caso "Isgró c. Italia", de 19 febrero de 1991, apdo. 34; caso "Lüdi c. Suiza", de 15 junio de 1992, apdo. 47.

17 Véase, también, SSTEDH caso "Delta c. Francia", de 19 de diciembre de 1990, apdo. 37; caso "Säidi c. Francia", de 20 de septiembre de 1993, apdo. 43; caso "Ferrantelli y Santangelo c. Italia", de 7 agosto de 1996, apdo. 51, caso "A. M. c. Italia" de 14 de diciembre de 1999, apdo. 25, al que nos referiremos más adelante con mayor detenimiento.

18 Véase STEDH caso "Bricmont c. Bélgica", de 7 de julio de 1989, apdo. 89.

19 No hay que olvidar que el art. 8.1, CEDH proclama que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...".

20 En este punto resulta relevante el dictamen (*report*) emitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso "Baegen c. Países Bajos", de 20 de octubre de 1994, que en un procedimiento penal por un delito de violación cometido contra una víctima mayor de edad, admitió la posibilidad de adoptar tales medidas de protección (*vid.* apdo. 77). En este caso, la víctima había manifestado ante la policía su voluntad de permanecer en el anonimato por miedo a represalias. Durante la investigación judicial el juez estimó que la solicitud de la testigo de permanecer en el anonimato estaba bien fundamentada. Durante dicho interrogatorio no estuvo presente el letrado del demandante, pero después de su finalización se le envió una copia de la declaración de la víctima invitándole a formularle por escrito preguntas adicionales, sin que el letrado formulara nuevas preguntas. Tampoco solicitó durante la tramitación del procedimiento que se citara a la víctima como testigo para ser oída en el juicio en su presencia, solicitándolo únicamente durante la audiencia ante el Tribunal de apelación (véase apdo. 78). Por otro lado, la Comisión destaca que las declaraciones de la víctima no habían sido las únicas pruebas de cargo utilizadas para fundamentar la declaración de culpabilidad, existiendo otras declaraciones de testigos, sin que, tampoco, el letrado del demandante hubiera solicitado interrogarlos (apdo. 79). A juicio de la ComEDH, no parece que durante el procedimiento el demandante no hubiera tenido la oportunidad de cuestionar la versión de los hechos ofrecida por la víctima o de cuestionar su veracidad (apdo. 80). En estas circunstancias no puede considerarse que el procedimiento seguido contra el demandante pueda ser considerado, en su conjunto, como injusto (no equitativo: *unfair*), descartándose la existencia de violación del art. 6.1 y 3.d), CEDH. El TEDH no llegó, sin embargo, a pronunciarse sobre el fondo del asunto (*vid.* STEDH de 27 de octubre de 1995).

21 La sentencia que analizamos menciona dos precedentes anteriores, el caso "Doorson c. Países Bajos" de 26 de marzo de 1996, y el caso "P. S. c. Alemania" de 20 de diciembre de 2001. En el primer caso, el TEDH admitió, en un procedimiento por tráfico de drogas, la validez de las declaraciones de unos testigos anónimos cuya identidad era conocida por el juez instructor y que habían sido interrogados en presencia del abogado del demandante quien, aunque desconocía su identidad, pudo formularles las preguntas que consideró de interés excepto aquellas que hubieran podido desvelar la identidad de los testigos. Además, para el TEDH también fue relevante en el presente caso que la declaración de culpabilidad no se basara exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos anónimos. Por todo ello descartó la existencia de vulneración del art. 6.1 y 3.d), CEDH. Por su parte, la STEDH, caso "P. S. c. Alemania" analizó un procedimiento penal por delito contra la libertad sexual cometido contra una menor de edad (8 años), identificado como S., sin que el letrado del demandante tuviera oportunidad durante el procedimiento de interrogar al referido menor. El TEDH admite que puedan adoptarse medidas que restrinjan los derechos de la defensa pero sólo si son estrictamente necesarias. Además, en orden a asegurar el respeto del derecho a un proceso justo las dificultades causadas a la defensa por la limitación de sus derechos deben ser suficientemente contrarrestadas (*counterbalance*) por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales (apdo. 23). Como analizaremos más adelante, en el presente caso el TEDH apreció la existencia de una violación de las garantías del art. 6.1 y 3.d), CEDH.

El art. 6.3.d), CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otro medios (apdo. 52), afirmación de enorme repercusión práctica.

En el caso analizado, el TEDH constata que el menor M. nunca compareció ante los Tribunales, y que si bien el letrado del demandante nunca solicitó que testificara en persona, esta actitud obedeció a la existencia de una práctica forense seguida por los Tribunales nacionales suecos que se niegan a permitir testificar personalmente a los menores de 15 años de edad, por lo que el demandante, en estas circunstancias, no podría haber obtenido la comparecencia del menor en persona ante los Tribunales. Para constatar la eficacia del procedimiento seguido por las autoridades judiciales para contrarrestar adecuadamente las limitaciones impuestas al derecho de defensa y derivadas de dicha práctica jurisprudencial, el TEDH destaca los siguientes datos relevantes:

- a) el segundo interrogatorio policial del menor fue realizado a solicitud del propio abogado del demandante al estimar que era necesario obtener más información;
- b) ante la ausencia del letrado del menor, que al parecer no fue citado adecuadamente, el letrado del demandante estuvo de acuerdo en no estar presente durante el interrogatorio, aceptando también la manera en que se llevó a cabo dicho interrogatorio (grabación únicamente en cinta de audio, a diferencia del primer interrogatorio policial que fue grabado en video);
- c) el letrado del demandante pudo, además, indicar al funcionario de policía las preguntas que quería que se realizaran durante la entrevista con el menor;
- d) después de haber escuchado la cinta de audio y leído la transcripción del interrogatorio, el letrado del demandante no solicitó una ampliación, quedando aparentemente satisfecho de que las preguntas que había indicado al funcionario de policía le habían sido realmente planteadas al menor;
- e) la cinta de video del primer interrogatorio policial fue mostrada durante las audiencias del juicio y en apelación. Lo recogido en el segundo interrogatorio fue leído ante el Tribunal de primera instancia y la cinta de audio fue escuchada ante el Tribunal de apelación.

En función de todos estos datos, el TEDH consideró que dichas medidas debían considerarse suficientes para permitir al demandante impugnar, en el curso del procedimiento criminal, las declaraciones del menor así como su credibilidad²². El art. 6.3.d), CEDH *no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otro medios (apdo. 52), afirmación de enorme repercusión práctica como analizaremos más adelante*. Por todo ello, el TEDH concluye que no existió violación de los arts. 6.1 y 6.3.d), CEDH.

22 El caso analizado presenta notables diferencias con anteriores precedentes del mismo TEDH. Así, en la mencionada STEDH, caso "P. S. c. Alemania" de 20 de diciembre de 2001, examina un supuesto donde también el menor de edad víctima de un delito de agresión sexual nunca había sido interrogado por un juez y nunca se le había concedido al demandante la posibilidad de interrogarle directamente, por haberlo decidido así el Tribunal nacional con la finalidad de proteger el desarrollo personal del menor. Sin embargo, en este supuesto, el letrado del demandante había solicitado, en los momentos iniciales, la práctica de una prueba pericial psicológica para determinar el grado de credibilidad de las declaraciones de la menor, petición que fue desestimada por el Tribunal de instancia sin que existiera, a juicio del TEDH, una razón sólida que fundamentara dicha desestimación. Si bien el Tribunal de apelación acordó la práctica de la prueba pericial psicológica, que confirmó la credibilidad de las declaraciones de la menor, sin embargo, el TEDH estimó que el hecho de haber transcurrido 18 meses entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de práctica de dicha prueba pericial no permitió a la defensa cuestionar las manifestaciones de la menor, que habían sido incorporadas al procedimiento mediante la declaración de terceras personas (su madre y el agente de la policía que le tomó declaración en el momento de formular denuncia). Partiendo de este dato y del hecho de que las declaraciones de la menor constituían la única prueba directa del delito, siendo decisivas en la declaración de culpabilidad acordada por los Tribunales nacionales alemanes, el TEDH concluyó que la utilización de dicha prueba implicó una limitación de los derechos de la defensa contraria a las exigencias del proceso equitativo (apdos. 30-31). El otro precedente era la STEDH, caso "A. M. c. Italia", de 14 de diciembre de 1999, relativa, también, a un posible delito de abuso sexual contra un menor de edad (identificado como G.). El procedimiento se había iniciado con ocasión de la denuncia presentada por el menor ante el Departamento de Seguridad Pública de Seattle (Estados Unidos) en donde narraba que durante sus vacaciones en Italia había sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante (A. M.), conserje de la residencia en donde estuvo alojado. La Fiscalía de Florencia remitió al Tribunal Penal de Seattle una comisión rogatoria internacional solicitando que se interrogara al menor G., así como a su padre, Sr. D., y a la médica, Sra. F., a quien el menor le había narrado lo sucedido. *En dicha comisión rogatoria se indicaba expresamente que ningún abogado estaba autorizado a asistir al interrogatorio de los testigos*. La policía interrogó al padre del menor, sin la presencia de ningún abogado, quien confirmó que su hijo había declarado haber sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante; igualmente las autoridades norteamericanas remitieron las declaraciones por escrito de la madre del menor, que confirmó la versión de su marido, así como de la psicoterapeuta infantil que se ocupaba de los trastornos que presentaba el menor. En el acto del juicio oral no compareció ninguno de estos testigos acordándose, con la oposición del demandante, la lectura de las declaraciones documentadas remitidas por las autoridades norteamericanas. El Tribunal de instancia condenó al demandante a la pena de 2 años de prisión, basando su declaración de culpabilidad en la denuncia presentada por el menor G., y en las declaraciones realizadas por sus padres y por la psicoterapeuta infantil ante la policía norteamericana. Para el TEDH eran datos relevantes, en el presente caso, el hecho de que la condena del demandante se había basado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en los Estados Unidos ante la policía norteamericana con anterioridad al proceso, que el demandante no tuvo en ningún momento la oportunidad de rebatir a quienes le acusaban y que, además, en la comisión rogatoria se había prohibido la asistencia de abogado en los interrogatorios policiales (apdos. 26-27), por todo ello concluye que el demandante no tuvo una ocasión suficiente y adecuada para rebatir los testimonios en los que se basó su condena, por lo que se había producido una violación del art. 6.1 y 6.3.d), CEDH.

Dicho pronunciamiento fue objeto de una *opinión concordante* formulada por la juez señora W. Tomasen, a la que se le une el juez señor J. Casadevall, así como de una *opinión disidente* formulada por los jueces señores R. Türmen y R. Maruste.

En la *opinión concordante* se insiste en la idea de que en casos de abusos sexuales el testimonio de una víctima a menudo es una prueba decisiva para la condena. Cuando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está limitada de tal manera que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación. Aunque el procedimiento utilizado revelaba una cierta debilidad y podía considerarse defectuoso, especialmente por el hecho de que ambos interrogatorios fueron llevados a cabo por la policía, *por lo que en ningún momento durante el procedimiento el menor fue oído por alguien independiente de la acusación*. Sin embargo, concluye afirmando que no existió violación del derecho a un proceso justo o equitativo por las razones siguientes: el abogado del demandante optó voluntariamente por no hacer uso de la posibilidad de asistir al segundo interrogatorio del menor, y tampoco solicitó que se grabara en video este segundo interrogatorio para poder observar cómo se llevaba a cabo y la manera en que el menor contestaba a las preguntas. Por tanto, no hizo uso de la oportunidad de impugnar, sobre la base de observaciones directas de la defensa, la credibilidad de las afirmaciones del niño.

Por su parte, la *opinión disidente* discrepa en cuanto a la conclusión de que no existió vulneración del derecho a un proceso justo. En su razonamiento admite que los procedimientos penales relativos a abusos sexuales de menores son muy delicados y que se deben tomar medidas muy claras para proteger a la víctima y evitar causarle más daño. Por lo tanto, la decisión de la policía y de los Tribunales de no permitir repreguntar en esas circunstancias es comprensible. Más adelante añade que, en estos casos, el *principio de repreguntas* debe ser dejado de lado. No obstante, a juicio de los jueces discrepantes, el procedimiento seguido resultaba insuficiente para contrarrestar las limitaciones sufridas por el derecho de defensa. Una medida adecuada hubiera sido la intervención de peritos psicólogos forenses, que no sólo protegerían al niño contra daños deliberados o involuntarios causados por el procedimiento sino que además ayudarían a la policía y a los Tribunales a valorar el comportamiento y el testimonio de las víctimas. Concluyen afirmando que *creemos que la participación de expertos forenses serviría como procedimiento para contrarrestar y compensar de manera suficiente las limitaciones con las que trabaja la defensa*, medida que, sin embargo, no se cumplió en el presente caso.

La opinión de los *jueces disidentes* resulta, en nuestra opinión, razonable. El procedimiento hubiera obtenido una mayor calidad en orden a contrarrestar (*counterbalance*) las limitaciones impuestas a los derechos de la defensa si el segundo interrogatorio del menor hubiera sido realizado no por agentes policiales, quienes habían iniciado la investigación de los hechos, sino por peritos psicólogos infantiles, como así se había solicitado por el acusado en el caso "P. S. c. Alemania" (STEDH de 20 de diciembre de 2001), analizado con anterioridad. Estimamos que no se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia. Lo anterior no neutraliza, sin embargo, la importancia y validez de la doctrina asumida por el TEDH en el caso analizado, y las repercusiones que ésta tiene en el proceso penal español, con las necesarias modulaciones.

Quando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está limitada de tal manera que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación.

No se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia.

4. La proyección de la doctrina "S. N." en el proceso penal español: hacia la no preceptividad de la presencia de los testigos menores en el acto del juicio oral

Los estándares incorporados a la sentencia "S. N." adquieren una indiscutible relevancia integrativa del deficitario marco procesal español. Precisamente, la intolerable continencia legislativa en la búsqueda de soluciones ponderativas normativizadas ha estimulado un activismo judicial interpretativo no uniforme, para cuya superación, la sentencia "S. N." puede constituir un instrumento fundamental.

Los estándares incorporados a la sentencia "S. N." adquieren una indiscutible relevancia integrativa del deficitario marco procesal español. Precisamente, la intolerable continencia legislativa en la búsqueda de soluciones ponderativas normativizadas ha estimulado un activismo judicial interpretativo no uniforme, para cuya superación, la sentencia "S. N." puede constituir un instrumento fundamental. Cuadro de pautas al que, recientemente, se ha incorporado otra decisión de gran trascendencia como la contenida en la sentencia de 16 de junio de 2005, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso "Pupino", por la cual el Tribunal de Luxemburgo, al hilo de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano, establece la necesidad de interpretación de las legislaciones internas, en caso de menores víctimas de delitos violentos, conforme con las disposiciones de la Decisión Marco del 15 de marzo de 2001, sobre *Estatuto de la víctima en el proceso penal* y, por tanto, la obligación de promover incidentes de adquisición probatoria previos al debate oral, respetuosos con las garantías de defensa, que eviten la mayor victimización secundaria de los menores²³.

El marco procesal español, al margen de la regla de tratamiento plenario contenida en el art. 707, LECrim, se limita al régimen de preconstitución probatoria previsto en los arts. 448 y 777, LECrim, así como al mecanismo de producción en el acto del juicio oral de prueba sumarial personal no practicable, previsto en el art. 730, LECrim.

Su potencial *victimológico*, tendente a la evitación de la presencia de los menores en el acto del juicio oral, ha estado sometido a una fuerte tensión jurisprudencial, con evidentes marcadores de inestabilidad sincrónica en las soluciones alcanzadas.

En un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se ha descartado con contundencia la aplicación del art. 730, LECrim, reclamando la presencia del menor víctima de abusos o agresiones sexuales en el plenario, aun en supuestos de víctimas de muy corta edad²⁴, como condición necesaria de la suficiencia probatoria, exigiendo, incluso, determinados niveles de confrontación visual con el acusado, como condiciones irrenunciables del método contradictorio y del principio de inmediación²⁵. Soluciones que, obviamente, deben entenderse superadas a raíz de la reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 14/1999, del 9 de junio, que modificó los arts. 448, 455 y 707, LECrim.

Algunas de estas resoluciones, no obstante, partían de supuestos en los que se había prescindido de toda intervención judicial, directa o indirecta, en la obtención de la información procedente del menor-víctima. Tal era el caso de la STS de 28 de febrero de 2000 (ponente Conde-Pumpido) en la que se califica de insuficiente el cuadro probatorio utilizado por el tribunal de instancia para fundar la condena, pues se había atendido exclusivamente a la prueba indirecta de los dictámenes periciales y, en particular, a los datos obtenidos en éstos, en los que se alude a referencias efectuadas por los propios menores, obtenidas al margen del control judicial y sin intervención contradictoria de la defensa.

23 Dicha sentencia establece, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2º, apartado 2º, y 8º, apartado 4º, de la referida Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea que un órgano jurisdiccional nacional debe tener la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, entre las que cabe mencionar a los niños/as de corta edad, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.

24 SSTS, 30 de enero de 2000, 22 de abril de 1999.

25 SSTS, 16 de junio de 1998; 5 de octubre de 1995. La decisión de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona parece inspirarse en esta línea jurisprudencial.

Frente a esta línea jurisprudencial que se pronunciaba, en estos casos, en contra de la aplicación del art. 730, LECrim, se ha consolidado otra posición jurisprudencial más dúctil en cuanto a las exigencias de presencia de los menores en el plenario, que tiene su origen en el voto particular de los magistrados Sres. Prego y García Calvo a la STS de 26-7-2001, y que se ha ratificado en las SSTs de 8-3-2002, 1-7-2002, 12-4-2005, 2-6-2006 y 22-6-2006²⁶, 28-2-2007, 28-10-2008.

Esta doctrina pivota sobre una idea esencial que responde a la necesidad de compaginar las exigencias defensivas con las necesidades de protección victimológica de personas particularmente vulnerables, como es el caso de los menores de edad, en especial cuando se enfrentan a hechos altamente comprometedores de su equilibrio personal, como los relacionados con situaciones de agresión o abuso sexual. Estas sentencias realizan una interpretación finalística del mencionado art. 730, LECrim, con invocación expresa de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor²⁷, llegando a la conclusión de que en supuestos en los que se constate un alto riesgo de victimización secundaria las exigencias defensivas pueden satisfacerse mediante el acceso por vía documental al contenido de las exploraciones de los menores practicadas durante el procedimiento preliminar, siempre que pueda identificarse un marco razonable de posibilidades de contradicción. Doctrina esta que ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 41/2003, en la que, aunque de forma periférica, se apunta uno de los problemas nucleares del tratamiento del menor de corta edad en el proceso, y es su propia consideración como testigo hábil, su capacidad, en fin, para someterse, como sujeto, a las exigencias del contradictorio plenario²⁸.

Es precisamente esta cuestión la que parece eludirse, de forma nuclear y directa, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo cuando sin duda constituye el punto de partida, esto es, la hoja de ruta de todas las soluciones ponderativas aplicables. No puede soslayarse que los menores, sobre todo los de corta edad hasta la etapa preadolescente²⁹, presentan notables dificultades descriptivas que, en algunos casos, podrían calificarse de potencial incapacidad, por falta de discernimiento, para asumir la condición de testigo en los términos exigidos por la propia LECrim (art.417.3)³⁰. Estudios empíricos de particular solvencia demuestran que el transcurso del tiempo entre el hecho y el testimonio del menor, en especial en sucesos relacionados con la agresión o abuso sexual, no sólo favorece el olvido y la imprecisión sino que, además, estimula la activación de mecanismos de defensa reactiva a cualquier reproducción verbalizada de los hechos, generando un insoportable nivel de estrés emocional en el menor que puede llegar a alterar profundamente su equilibrio emocional³¹.

Frente a esta línea jurisprudencial que se pronunciaba, en estos casos, en contra de la aplicación del art. 730, LECrim, se ha consolidado otra posición jurisprudencial más dúctil en cuanto a las exigencias de presencia de los menores en el plenario.

26 Esta última sentencia aborda un supuesto interesante. La víctima presunta de los hechos justiciables, una menor de nueve años de edad, fue convocada como testigo a juicio. Durante el desarrollo del interrogatorio plenario sufrió una situación de grave bloqueo emocional. El tribunal de instancia acordó reproducir en su presencia la exploración sumarial que fue grabada. La menor fue cuestionada en el plenario sobre sus afirmaciones ofrecidas en la fase sumarial, confirmando toda la información en ese momento suministrada. El Tribunal Provincial, primero, y el Tribunal Supremo, después, validaron dicho mecanismo de acceso a la información, descartando la existencia de lesión del derecho de defensa contradictoria.

27 *Vid.*, especialmente, arts. 9º y 11.2.d).

28 En la sentencia se confirma la condena basada en testimonios referenciales (madre y abuela de la menor a quienes verbalizó y escenificó los tocamientos a que venía siendo sometida por su padre) y en un peritaje psicológico en un caso de abusos sexuales de una niña de 2 años y medio.

29 Como sería el caso de los preescolares.

30 *Vid.* la mencionada STC 41/2003, fj. 3.

31 Véase el estudio de GOODMAN y otros, *Testifying in Criminal Courts: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Monographs of the Society for Research in Child Development, 1992, realizado sobre 286 niños víctimas de abusos sexuales, en procedimientos seguidos en el Estado norteamericano de Colorado. La cita puede verse en GHETTI, S., "Opinión sul sistema giudiziario di vittime di *child sexual abuse* coinvolte in procedimenti penali negli Stati Uniti", en *Chiedere, rispondere e riciclare*, Roma, 2003, págs. 105-107. *Vid.*, también, el trabajo de DIGES JUNCO, M., y ALONSO-QUECUTY, M. L., "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores", *Revista del Poder Judicial*, núm. 35, pág. 43 y ss.

Debemos preguntarnos ¿realmente, puede mantenerse que la presencia de un menor de cuatro, cinco, seis años (...) en el plenario, en un escenario procesal carente de toda condición victimológica ambiental e incluso física, puede servir para actualizar, en condiciones defensivas y cognitivas adecuadas, la información relevante que el niño, presuntamente victimizado por hechos graves, puede recordar? ¿Puede potencialmente considerarse a un niño de corta edad "testimonio directo" del hecho sufrido, con frecuencia, años antes, cuando contaba, por ejemplo, tres años de edad? ¿Es posible afirmar, con un mínimo rigor, desde las máximas técnicas que ofrece la psicología evolutiva, que un niño de corta edad puede asumir emocionalmente las exigencias propias del debate contradictorio? ¿Puede ser indiferente el paso del tiempo en el desarrollo madurativo de un niño, hasta el punto de reclamarle reconstruir experiencias dramáticas ocurridas, desde su perspectiva vital, en momentos ya muy lejanos?

¿Puede potencialmente considerarse a un niño de corta edad "testimonio directo" del hecho sufrido, con frecuencia, años antes? ¿Es posible afirmar, con un mínimo rigor, desde las máximas técnicas que ofrece la psicología evolutiva, que un niño de corta edad puede asumir emocionalmente las exigencias propias del debate contradictorio?

Consideramos que las respuestas a estas preguntas ofrecen razones suficientes para avalar el recurso a la vía del art. 730, LECrim, para el aprovechamiento de la información probatoria suministrada por el menor en las fases previas del proceso, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim y, en lógica correspondencia, de la prueba testifical de referencia sobre dicha información³².

Lo anterior no supone, ni puede suponer, una renuncia o limitación de los derechos de defensa del inculpado, pero sí la necesidad de su modalización en términos tales que resulten compatibles con no menos irrenunciables necesidades de protección del derecho fundamental a la salud y a la indemnidad moral de personas tan vulnerables como los menores, lo que constituye, también, un fin constitucional de primer orden³³.

La sentencia "S. N." ofrece estándares de compatibilidad que deben explorarse. El acceso a la información que posee el menor, presunta víctima, en las fases previas del proceso, en un marco razonable de contradicción procesal, es posible. La utilización, a tal fin, de la prueba pericial técnica, practicada por peritos expertos e imparciales (psicólogos forenses experimentales)³⁴, durante el desarrollo del procedimiento preliminar bajo control judicial, con la necesaria intervención de las partes en su preparación³⁵, y en condiciones documentales, mediante grabaciones digitalizadas o videográficas³⁶ que permitan acceder, de forma sensorial, al tribunal juzgador a dicha información, ofrece un espacio adecuado que permite tener por cumplida con la garantía de la contradicción, sin merma alguna de las exigencias dimanantes del proceso justo o equitativo³⁷.

5. La tímida reforma operada por la LO 8/2006, de 4-12-2006, de los arts. 448 y 707, LECrim

La densidad constitucional del problema apuntado exige, en efecto, una decidida, sistemática y precisa intervención legislativa. La ausencia de regulación específica del conflicto es una muestra más de la situación de *ordenamiento jurídico oculto* a la que se ve sometido el pro-

32 *Vid.*, entre las más recientes, SSTC 146/2003; 41/2003, 219/2002; 155/2002, 68/2002. 22.6.2006.

33 *Vid.*, arts. 9º, 10, 18, 20 y 39, CE.

34 Como advierte FÁBREGA RUIZ, C. F., "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", La Ley, núm. 6289, 6-7-2005, documento electrónico, pág. 4, no debería utilizarse nunca al profesional que ha sido o es terapeuta de la víctima debido a las relaciones que se generan entre terapeuta y paciente que son de naturaleza distinta a las que unen al perito forense y a la persona objeto de la pericia.

35 Se propone que con carácter previo a la entrevista el juez convoque a las partes y al perito para fijar el objeto del interrogatorio y la información que se pretende obtener.

36 Las entrevistas deberían necesariamente grabarse para poder ser reproducidas en el acto de la vista oral.

37 Resulta de particular importancia la STS, Sala de lo Penal, de 27-5-2008, ponente, Sr. Andrés Ibáñez, en la que se exige que los informes periciales psicológicos incorporen junto al informe conclusivo, las pruebas de campo realizadas y todos los antecedentes informativos que utilizaron para su elaboración. Y ello para permitir controlar la racionalidad de las conclusiones y, en especial, su adecuación al método científico y al principio de imparcialidad que debe regir la actividad de los peritos.

ceso penal en España. Las graves e injustificadas anomías regulativas que caracterizan el modelo de intervención procesal penal no sólo patentizan su *inadecuación tecnológica* para dar respuestas a los graves y novedosos problemas que surgen, como consecuencia del desarrollo del Estado Constitucional, sino que estimulan, también, un evidente activismo jurisdiccional, en la búsqueda y creación de soluciones marcadas, muchas veces, por la inestabilidad, la disparidad y la coyunturalidad del caso concreto. Ello comporta graves costes en términos de seguridad jurídica y, en numerosas ocasiones, en garantías.

El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en la mayor parte de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Bélgica, Holanda)³⁸.

De forma muy deficiente, de nuevo el legislador, al igual que en 1999, ha dado una respuesta fraccionaria al conflicto al hilo de casos judiciales que ponían, precisamente, de relieve la precariedad legislativa del modelo de adquisición probatoria cuando la información esencial del proceso puede ofrecerla un menor de edad.

El legislador, de espaldas tanto a la doctrina del TEDH como del TJCE, incluso de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se ha limitado a establecer condiciones victimológicas básicas, de alcance escenográfico, en la práctica de la testifical de los menores, tanto en la fase sumarial como plenaria. Así, se previene la obligación por parte del tribunal de disponer de medios técnicos que impidan la confrontación visual entre la presunta víctima menor y el presunto victimario, pero de forma incomprensible ha renunciado a establecer con claridad las condiciones regulativas que pueden justificar un incidente de anticipo probatorio que haga innecesaria la llamada del menor como testigo al acto del juicio. Nada se establece sobre la intervención de expertos en el acceso a la información, sobre los modos en los que debe desarrollarse la intervención contradictoria de las partes y, sobre todo, sobre la necesidad de regular un verdadero estatuto de protección del menor de corta edad en el proceso penal. El legislador sigue anclado en la idea del aprovechamiento de la información suministrada por el menor victimizado en el proceso mediante los mecanismos testificales clásicos y, por tanto, sin dotar a las partes y al tribunal de un específico mecanismo subrogado de prueba que permita, sin renunciar a los principios estructurales del proceso justo y equitativo, tratar la información facilitada por un menor presuntamente victimizado como una fuente de prueba que requiere de medios probatorios novedosos de introducción en el cuadro de prueba plenario, que respondan a una adecuada ponderación de los principios en conflicto.

Pero mientras dicha regulación sistemática no llegue, creo que deben desterrarse de la práctica de nuestros tribunales soluciones puramente formalistas en el acceso a la información de los menores victimizados que hipertrofian, sin rentabilidad garantizadora alguna, exigencias de contradicción aparente. Ya que, con la coartada de un mal entendido y aplicado principio de inmediatez³⁹, pueden provocar consecuencias gravísimas sobre personas tan vulnerables como los niños de corta edad, víctimas de agresiones o abusos sexuales y que, además, nada aportan, desde el punto de vista epistemológico, para la toma de decisiones, en la mayoría de los casos, particularmente difíciles y complejas.

El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en la mayor parte de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Bélgica, Holanda).

38 En tales países se establece la obligación de grabación videográfica de las exploraciones de los menores en los momentos previos del proceso, con intervención de especialistas y en condiciones contradictorias adecuadas, evitando su ulterior declaración en la fase de juicio oral, mediante su reproducción delante del Tribunal y de las partes.

39 Sobre el verdadero significado y alcance del principio de inmediatez véase ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)", *Jueces para la democracia, información y debate*, n° 46, marzo 2003, pág. 57 y ss. IGARTUA SALAVERRÍA, J., "El nombre de la 'inmediatez' en vano", *La Ley*, núm. 5768, 25-4-2003.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso "S. N." y en la del TJCE, caso "Pupino", sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase sumarial, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim, se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculpado.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso "S. N." y en la del TJCE, caso "Pupino", sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase sumarial, por la vía de los arts. 448 y 777, LECrim, se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculpado.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL.

El caso del distrito judicial de Lima Norte

Miguel Ángel Gonzales Barbadillo¹

1. Introducción

Teniendo en cuenta que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal y que cada provincia dictó para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional², realizaré una breve referencia sobre el marco normativo peruano relacionado con el abuso sexual infantil.

La Constitución Política del Perú, en su art. 159, confiere al Ministerio Público, entre otras atribuciones, las siguientes³:

- Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
- Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

El fiscal provincial penal es el titular de la acción penal y persigue el delito, entre ellos, contra la libertad sexual que se comete en agravio de niños, niñas y adolescentes, cuando el imputado es mayor de 18 años. Empero, cuando el imputado en este tipo de infracciones a la ley penal es menor de 18 años, el titular de la acción es el fiscal de familia.

En los casos de violencia sexual en agravio de niños y adolescentes, la ley confiere al fiscal provincial de familia el deber de: "Intervenir, de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Es obligatoria su presencia ante la Policía en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños o adolescentes, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional"⁴.

2 Arts. 1º y 5º, Constitución de la Nación Argentina. Texto Ordenado por ley 24.230, Editorial Estudio S. A., pág. 19.

3 Art. 159, incs. 4º y 5º, Constitución Política del Perú, 1993.

4 Art. 144, inc. b), Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por ley 27.337, publicado el 7/8/2000.

¹ Fiscal provincial titular de familia, Lima, Perú.

En el tema de abuso sexual infantil existen cambios sustanciales a raíz de que el estado peruano asume el compromiso de implementación del proyecto "El estado y la sociedad civil frente a la violencia, abuso sexual infantil y la explotación sexual infantil" (el Proyecto), a cargo de diversas instituciones.

En el Perú existe normatividad que protege los derechos de los niños y adolescentes y evitan la revictimización, entre las que podemos mencionar:

- La Constitución Política del Perú.
- La Convención de los Derechos del Niño.
- Ley 27.055. Modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes y del Código de Procedimientos Penales, referidos a los derechos de las víctimas de violencia sexual (22/1/1999).
- Ley 27.115. Establece la acción penal pública en los Delitos contra la Libertad Sexual y un nuevo procedimiento (26/4/1999).
- Código de Procedimientos Penales. Arts. 143' y 146' (ley 9024 - 16/1/1940 y sus modificaciones).
- Código de los Niños y Adolescentes. Título Preliminar, arts. IX y X. Arts. 21', 38, 144, inc. b), 244 (21/7/2000).
- Ley 28.950 contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (16/1/2007).

El sistema procesal penal que rige en el Perú es el inquisitivo, regido por un antiguo Código de Procedimientos Penales y algunos artículos vigentes del Código Procesal Penal, sin embargo, en algunos departamentos del país, ya entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal que consagra el sistema procesal penal adversarial garantista, siendo que en otros departamentos, como Lima metropolitana, entrará en vigencia en forma progresiva.

En el departamento de Lima, capital de la república, y en los departamentos donde se ha implementado las cámaras Gesell (Lima capital, Cuzco, Iquitos y Puerto Maldonado), todavía no entra en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal, rigiendo el sistema procesal penal inquisitivo, de modo que la experiencia sobre el sistema de atención única e integral a niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de violencia, abuso y explotación sexual de la que forma parte la cámara Gesell como herramienta para la entrevista Única, en el Perú, tiene dos aristas a destacar:

- El campo tutelar que protege a la víctima, y
- El campo penal que juzga al imputado, bajo los parámetros del sistema procesal penal inquisitivo.

Vamos a referirnos a estos dos campos que están íntimamente ligados en este tipo de delitos contra la libertad sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes, en la cual si bien debe primar un equilibrio de protección de derechos para la víctima y el imputado, bajo la experiencia peruana se ha dado prioridad a la persecución del delito, pasando a un segundo plano los derechos de la víctima y su no revictimización. Así pues, si bien la normatividad que he expresado, como las que protegen los derechos de los niños y adolescentes y evitan la revictimización son en su mayoría de los años 1999 y de 2000, no obstante, en el tema de abuso sexual infantil existen cambios sustanciales a raíz de que el estado peruano asume el compromiso de implementación del proyecto "El estado y la sociedad civil frente a la violencia, abuso sexual infantil y la explotación sexual infantil" (el Proyecto), a cargo de diversas instituciones, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y gobiernos regionales, cuya gestión y ejecución financiera se encuentra a cargo de UNICEF con fondos de la Cooperación Belga al Desarrollo.

La implementación de este Proyecto ha promovido un cambio en el tratamiento a la víctima de violencia, abuso y explotación sexual infantil, al generar una corriente de sensibilización a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como de todos los operadores de justicia, a efecto de evitar la revictimización (primaria, secundaria y terciaria).

Antes de la implementación del Proyecto en el año 2007, los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil concurrían a las comisarias del sector para el interrogatorio correspondiente⁵, y cada una de las instituciones públicas en forma independiente atendía a la víctima, quien debía repetir el hecho traumático a los funcionarios y servidores públicos.

A partir del proyecto, en el año 2007, en el distrito judicial de Lima norte y en las zonas de intervención de éste (Lima capital, Cuzco, Iquitos y Puerto Maldonado), donde se ha implementado progresivamente el uso de las cámaras Gesell, las instituciones del Estado trabajan integradamente para evitar la revictimización y atender a la víctima respetando sus derechos.

El principio del interés superior del niño hace posible que, en el Perú, se pueda utilizar la cámara Gesell y las nuevas tecnologías a efecto de obtener un proceso único de entrevista y una atención adecuada para su recuperación, con el objeto de llegar a la satisfacción integral de los derechos de los niños y adolescentes víctimas de violencia sexual infantil.

2. El procedimiento de atención a NNA víctimas y testigos de violencia, abuso y explotación sexual infantil

El sistema de atención única e integral a NNA víctimas de abuso sexual se constituye en un esfuerzo interinstitucional que tiene como objeto evitar la revictimización.

El nuevo sistema de atención establecido en el Ministerio Público de Lima norte y en las zonas de intervención del Proyecto consiste en un procedimiento de atención único, rápido, oportuno y eficaz, en la recepción de la denuncia penal a nivel policial y fiscal, así como en la realización de los peritajes del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público y entrevista única al niño, niña y adolescente, velando, además, por que la víctima y el testigo reciban atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica, que incluya también a la familia de la víctima.

- 1) *De la denuncia y cita para la entrevista:* Cualquier persona o ciudadano puede acudir a la comisaría o fiscalía de turno denunciando un delito o infracción a la ley penal, contra la libertad sexual en agravio de menores de edad. Si la denuncia es formulada ante la PNP, el instructor, luego de asentar la denuncia correspondiente, en presencia del denunciante, la comunicará inmediatamente al Ministerio Público (vía telefónica y durante las 24 horas del día), solicitando día y hora para la atención médico-legal y entrevista única del menor de edad agraviado; a cuyo pedido el Ministerio Público, automáticamente, asigna un código único de registro y señala el día y hora de atención y entrevista única. Para el registro de la víctima se anotarán sus iniciales y otros datos que constituyen generales de ley.
- 2) *De la realización de las evaluaciones médico-legales, entrevista única y evaluación psicológica:* Las pericias médico-legales (integridad física, sexual y otros), protocolo de pericia psicológica y la entrevista única, se realizan en un solo momento. Para la realización de las pericias médico-legales, el instituto de Medicina Legal debe obtener el consentimiento de la víctima (de sus padres o responsables). Asimismo, para la entrevista única debe existir una reunión previa entre el fiscal, los demás operadores de justicia y las personas llamadas por ley (padres o responsables), para establecer la viabilidad de la entrevista y la forma cómo abordarla.

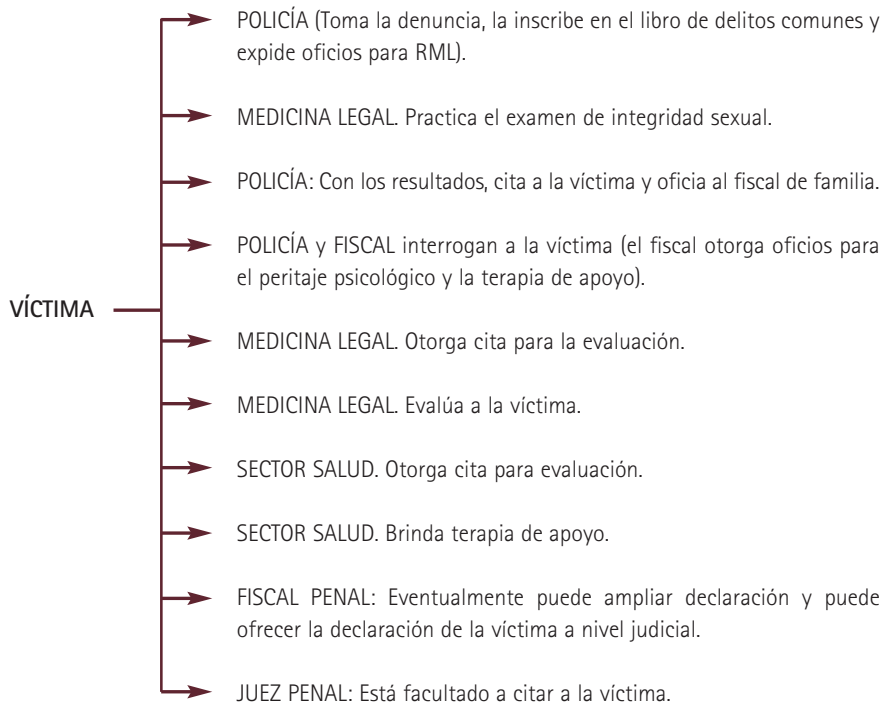
5 Código de los Niños y Adolescentes. Art. 144. Competencia: Compete al Fiscal: (...) inc. b) Intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Es obligatoria su presencia ante la Policía en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños o adolescentes, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional. En este último caso, ordenará la evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal profesional especializado y, concluida dicha evaluación, remitirá al Fiscal Provincial Penal de turno un informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación. Durante la declaración de la víctima puede participar cualquiera de los padres o la persona que tenga bajo su tutela al menor de edad, siempre que no fueran los denunciados. Si los padres o la persona que tiene bajo su tutela al menor de edad no pudieran participar, podrán designar una persona que los represente.

A partir del Proyecto, en el año 2007, en el distrito judicial de Lima norte y en las zonas de intervención de éste, donde se ha implementado progresivamente el uso de las cámaras Gesell, las instituciones del Estado trabajan integradamente para evitar la revictimización y atender a la víctima respetando sus derechos.

El sector salud deberá brindar atención integral a la víctima y su familia, a cuyo efecto iniciará la parte terapéutica de recuperación, sobre la base de la copia del protocolo de pericia psicológica remitido por el Ministerio Público

3) *De la atención integral por parte del sector salud:* El sector salud deberá brindar atención integral a la víctima y su familia, a cuyo efecto iniciará la parte terapéutica de recuperación, sobre la base de la copia del protocolo de pericia psicológica remitido por el Ministerio Público en sobre lacrado a los hospitales nacionales (conforme al domicilio de la víctima); en dicho sobre sólo se consigna el código único de registro. A criterio de los hospitales, se podrá disponer de visitas sociales, dando cuenta al Ministerio Público de algún hecho irregular que advierta al visitar el domicilio de la parte agraviada.

3. Fases de la atención a NNA víctimas de abuso sexual antes de la implementación del Proyecto



4. Fases de la atención a NNA víctimas de abuso sexual luego de la implementación del Proyecto



5. La cámara Gesell como instrumento en la entrevista única de NNA víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil

El fiscal de familia dirige la entrevista única, y el psicólogo del Instituto de Medicina Legal actúa como facilitador de la entrevista al tener contacto directo con la víctima. Fuera de la cámara Gesell se encuentran todos los operadores de justicia y las personas llamadas por ley para intervenir en la entrevista, como el fiscal de familia, quien dirige la actuación fiscal; el fiscal penal, en calidad de titular de la acción penal; el instructor de la policía nacional del Perú (en caso de que la investigación preliminar se encuentre a nivel policial), cualquiera de los padres o la persona que tenga bajo su tutela al menor de edad, siempre que no sea el denunciado, el abogado defensor de la víctima (el Ministerio de Justicia provee de defensor de oficio, en caso que los familiares de la víctima no tengan recursos para contratar a un abogado en forma particular), el abogado defensor del imputado.

El fiscal de familia se comunica con el psicólogo del Instituto de Medicina Legal a través de un audífono especial y las preguntas que los operadores de justicia requieran efectuar a la víctima son transmitidas al psicólogo, quien deberá, con un lenguaje adecuado, formularlas a la víctima.

El fiscal de familia dirige la entrevista única, y el psicólogo del Instituto de Medicina Legal actúa como facilitador de la entrevista al tener contacto directo con la víctima.

5.1 La reunión previa a la entrevista

Realizados los peritajes correspondientes dispuestos por el fiscal (peritaje de integridad física, integridad sexual y otros), el fiscal de familia, luego de dialogar con la víctima (sin abordar el hecho traumático) y verificar sus condiciones para la entrevista única, convocará a una reunión previa a todos los participantes, excepto a la víctima y a la defensa del imputado.

La reunión previa tiene por objeto establecer la viabilidad de la entrevista y la forma cómo abordarla. El psicólogo deberá informarse de los hechos preliminares y de la denuncia, así como de los requerimientos de los operadores de justicia, a efecto de que pueda planificar el abordaje de la entrevista única.

5.2. Durante la entrevista

Se deben considerar cuatro etapas:

- 1) La confianza o *rapport*. El psicólogo deberá favorecer un clima de confianza con el niño o adolescente e informarle que la entrevista será filmada y registrada.
- 2) El conocimiento del desarrollo sexual de la víctima respetando su integridad.
- 3) La violencia sexual vivenciada o hecho traumático. Es una de las etapas más importantes, en la cual la víctima deberá narrar los hechos que se investigan.
- 4) El cierre de la entrevista. En esta etapa el psicólogo agradecerá al niño o al adolescente por su relato y le comentará la conversación le ayudará no sólo a él, sino a las personas que están interesadas en protegerlo.

La reunión previa tiene por objeto establecer la viabilidad de la entrevista y la forma cómo abordarla. El psicólogo deberá informarse de los hechos preliminares y de la denuncia, así como de los requerimientos de los operadores de justicia, a efecto de que pueda planificar el abordaje de la entrevista única.

5.3. Al culminar la entrevista: derivación del caso

Terminada la entrevista única, el acta fiscal, el CD que contiene la entrevista, los peritajes médico-legales, la pericia psicológica y demás actuados se remiten al fiscal provincial en lo penal de turno o al que viene previniendo el caso.

Una copia del protocolo de pericia psicológica se remitirá en sobre lacrado al Sector Salud a fin de que brinde atención integral a la víctima o testigo y su familia, para cuyo efecto iniciará la parte terapéutica de recuperación, sobre la base de la copia del protocolo de pericia psicológica remitido por el Ministerio Público (conforme al domicilio de la víctima); en dicho sobre sólo se consigna el código único de registro.

A criterio de los hospitales, se podrá disponer de visitas sociales, dando cuenta al Ministerio Público de algún hecho irregular que advierta al visitar el domicilio de la parte agraviada.

Un aspecto importante a resaltar es que el Ministerio Público, a raíz del Nuevo Código Procesal Penal, ha creado una Unidad de Víctima y Testigos como ente idóneo para brindar apoyo a la víctima a solicitud del Fiscal.

6. El uso de las nuevas tecnologías como factor fundamental para proteger los derechos de NNA víctimas y testigos de violencia, abuso y explotación sexual infantil

Las nuevas tecnologías aplicadas al tema de violencia sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes permiten que los menores de edad puedan expresarse libremente sin la presión de tener contacto, ni mirar a diversas personas para manifestar lo que sucedió o lo que piensa.

A raíz de la implementación del Proyecto, se comienza a instalar nuevas tecnologías para proteger los derechos de los NNA, constituyendo la cámara Gesell un instrumento valioso para la entrevista única del menor de edad víctima de abuso sexual, que evita la revictimización (repetición constante del hecho traumático) y sobre el cual se ha armonizado un trabajo interinstitucional a favor de la niñez y la adolescencia.

Las nuevas tecnologías aplicadas al tema de violencia sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes permiten que los menores de edad puedan expresarse libremente sin la presión de tener contacto, ni mirar a diversas personas para manifestar lo que sucedió o lo que piensa, es decir, debe recibirse el testimonio de la víctima en condiciones adecuadas para ello. De lo contrario, el NNA sometido a la presión natural de ver personas que no conoce acarreará el silencio y con ello la impunidad del imputado. El registro filmico ayuda, pues, a evitar la revictimización y, en consecuencia, una constante repetición de lo sucedido por parte de la víctima.

El distrito judicial de Lima norte ha adoptado recientemente un nuevo sistema de atención que promueve el trabajo articulado de las diversas instituciones del Estado a favor de NNA víctimas de violencia sexual, aplicándose el uso de nuevas tecnologías en la entrevista única, con las estadísticas siguientes:

- Año 2007: 252 entrevistas.
- Año 2008: 555 entrevistas.
- Año 2009: 217 entrevistas hasta abril de 2009.

Considero que las diversas instituciones del Estado y en especial el Ministerio Público vienen asumiendo un rol protagónico en la defensa de los derechos de los NNA a quienes nos debemos y por quienes trabajamos.



CAPÍTULO

CUATRO

EL TRATAMIENTO JUDICIAL
A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O
TESTIGOS DE DELITOS: EL ROL DE LOS DISTINTOS
ESPECIALISTAS Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS

TRATAMIENTO DE NIÑOS EN SEDE JUDICIAL



Eva Giberti¹

1. Introducción

Este trabajo se ocupará de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, que son trasladados a sedes judiciales para tomarles declaración o bien entrevistados en cámaras Gesell. En primer lugar, se analizará la capacitación y entrenamiento de los profesionales y una experiencia con la Policía Federal, luego se indagará la discriminación sexista en producciones técnicas y por último se verá en qué medida los niños y las niñas están en una encerrona.

2. La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes

La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes depende de:

a) *La capacitación y el entrenamiento de los profesionales de la Psicología, la Medicina, el Trabajo Social y el Derecho –particularmente jueces, fiscales y defensores– en cursos interdisciplinarios.*

No contamos con una docencia universitaria sistemática y académicamente crítica acerca de niños, niñas y adolescentes víctimas, lo que nos conduce a asumir que quienes voluntariamente se han especializado en el tema forman parte de una virtualidad académica; o sea, ausencia. Salvadas algunas excepciones en cátedras que incorporan la temática, se reconoce la ausencia de aplicación del pensamiento crítico y del pensamiento complejo para lograr una titulación que mínimamente garantice haber cursado y aprobado planes de estudio y entrenamiento en este aspecto.

Una de las posibles dificultades para la institucionalización de cátedras dispuestas a generar dicha capacitación reside en que los análisis de la idea de víctima en relación con niñas, niños y adolescentes implica la revisión de sus ideologías que actualmente arrastran principios derivados del patriarcalismo (carente de un análisis crítico-histórico) así como la incorporación de la ética de la víctima, la historia de la niñez victimizada y la función del backlash. Es decir, se trata de formación académica y técnica en el campo que tiende a revisar las políticas y los principios derivados del neoliberalismo y de los discursos dominantes que regulan la aplicación de las legislaciones pertinentes.

b) *Depende también del compromiso político del Estado con la propuesta de legislaciones referidas a los derechos de las víctimas.*

¹ Licenciada en Psicología. Coordinadora del Programa las Víctimas contra las Violencias, del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Estimo que cada especialidad debería definir sus competencias y recortar las zonas en las que los límites de ambigüedad borran las fronteras o las superponen. Es inconveniente que desde cada disciplina pretendamos imponer nuestros criterios a los colegas, pero también es imprescindible que escuchemos qué es lo que ellos piensan respecto de nuestras incumbencias. Las decisiones atraviesan el proceso cognitivo de cada profesional y por el compromiso de sus afectos. De manera que si no se cuenta con una vigilancia epistemológica acerca de las propias convicciones –para lo cual es preciso estudiar y someter lo que se piensa a procesos deliberativos y aun confrontativos con otras especialidades–, resultará sumamente difícil delimitar o ampliar los territorios de cada especialidad.

Sin embargo, una diferencia las distingue: los jueces absuelven y condenan; los psicólogos les aportamos diagnósticos y fundamentaciones técnicas para dictaminar (que ellos asumen o no). Otra diferencia: si el o la colega está dispuesto a encontrar las huellas del delito en la niña o el niño con quien trabaja e informa refiriendo lo que pudo construir como pauta condenatoria para un padre, es probable que Su Señoría no sólo rechace el informe sino llegue a sancionar al colega impidiéndole el ejercicio de su profesión durante determinado tiempo.

Es inconveniente que desde cada disciplina pretendamos imponer nuestros criterios a los colegas, pero también es imprescindible que escuchemos qué es lo que ellos piensan respecto de nuestras incumbencias.

Esta disquisición tan sólo constituyó un doblez, un pliegue para formular un planteo ético: la presencia de criterios moralizantes derivados de diversas corrientes psicológicas (justo-injusto, familia disfuncional-familia buena y otras, distantes de la aplicación de los derechos humanos de los chicos) pueden instalarse como obstáculos para la compaginación de un informe referido a violación, abusos e incestos de los cuales son víctimas niños y adolescentes. Obstáculo que empalma con la ausencia de posicionamiento técnico-deóntico que incluya los principios de la Convención de los Derechos del Niño y del Protocolo Facultativo que la acompaña.

Este punto genera una inflexión² técnica: podemos suponer que los psicodiagnósticos son recursos potencialmente objetivos (tomando como criterio la diferencia aristotélica entre potencia y acto). Lo que no excluye ni las ideologías de los profesionales, ni las características de su formación académica, menos aún su entrenamiento en teorías de género; todas ellas imbricadas en nuestros posicionamientos frente a las víctimas y a sus agresores. Más allá de lo cual sabemos que es imprescindible que niños y niñas sean acompañados por sus defensores cuando concurren a la cámara Gesell o ante cualquier intervención judicial. Afirmación que parte de mi experiencia durante los tres últimos años por ser Coordinadora del Programa Las Víctimas contra las Violencias, que depende del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, que nos conduce a comunicarnos a cualquier hora del día o de la noche con las defensorías en situaciones de urgencia y emergencia.

Un nivel de análisis que surge de estas prácticas reside en las estrategias y acciones de la Brigada que interviene en denuncias por ataques a la integridad sexual (violencia sexual) y que se hace presente en la seccional policial donde se ha radicado la denuncia, dentro de los primeros veinte minutos. En oportunidades, la víctima del abuso, la violación o el incesto llega acompañada por su madre o familiar que la conduce para dejar constancia del hecho, momento en el cual se genera una índole de situación aún no descrita en las enunciaciones técnico/teóricas (dado que estas brigadas actúan desde el año 2006) que se caracteriza por que el adulto comienza a describir, delante de quien sea, aquello que le haya acaecido a la criatura. Puede tratarse de un oficial masculino o femenino y la descripción se realiza frente al mostrador de la comisaría, ante los ojos y oídos de quienes esperan ser atendidos.

2 De inflexio: dobladura, plegar.

El adulto acompañante suele insistir en que sea la víctima quien describa los hechos y depende de la serenidad y criterio de la policía conducirla a un lugar más discreto y aislado en espera de nuestra llegada. Seremos entonces nosotros quienes nos ocuparemos de esa víctima con criterio profesional, pero mientras tanto y como efecto de la inmediatez que resulta de la llegada a la comisaría, a partir de la decisión adulta de denunciar y encontrar "castigo" para el agresor, esa criatura fue expuesta momentáneamente ante quienes estaban esperando ser atendidos en la sede policial.

Las advertencias y cursos dirigidos al personal policial logran que, frente a situaciones de esta índole, de inmediato se proceda a separar a la denunciante y a la víctima de la presencia de otros asistentes a la comisaría, pero corresponde tener en cuenta que así sucede en distintas regiones del país, donde las comisarías se encuentran a cargo de policías provinciales carentes de esta índole de entrenamiento en relación con las víctimas.

Las advertencias y cursos dirigidos al personal policial logran que, frente a situaciones de esta índole, de inmediato se proceda a separar a la denunciante y a la víctima de la presencia de otros asistentes a la comisaría, pero corresponde tener en cuenta que así sucede en distintas regiones del país.

3. De la discriminación sexista en producciones técnicas

La lectura de textos especializados y la escucha de diversos aportes al tema de los niños, niñas y adolescentes que padecen malos tratos y revictimización en los estrados judiciales nos advierte acerca de un deslizamiento semántico que merece observarse. Me refiero a la generalización de los efectos de dichos maltratos cuando se habla de niños, niñas y adolescentes como si constituyesen una unidad o un *totum*; del mismo modo sucede con los efectos de la impunidad de los agresores, como si las consecuencias sobre ambos géneros fuesen equivalentes o iguales. El fenómeno visibiliza la desmentida, la negación y/o el sexismo encubierto, tal vez inconscientemente aplicados por quienes quedan atrapados en la semantización impuesta por las prácticas lingüísticas que los discursos patriarcales entronizaron.

Este deslizamiento neutraliza la diferencia entre los géneros, desoyendo un concepto principal de las teorías psicológicas (en particular la freudiana) que sostienen que el cuerpo es el soporte del Yo. Las percepciones internas, las externas y la importancia del dolor son instancias diferenciadoras que facilitan el recorte del cuerpo de la masa sensorial³. Los interrogantes se plantean cuando se trata de analizar las sensaciones internas de niños y de niñas⁴. Los canales sensoriales que se encuentran en los orígenes de las diversas formaciones corporales durante los primeros meses y años de vida son los cinco distales (visual, olfatorio, táctil, auditivo, gustativo, que aluden a un objeto/sujeto exterior) y los intracorporales (asociados con el dolor, el equilibrio, lo térmico, la cenestesia y lo quinético).

En los varones, el predominio de lo visual sobre sus genitales y el desempeño muscular, estimulados y valorizados por los discursos que promueven la creencia de un sexo superior, aporta una concepción exquisitamente priorizada del propio cuerpo en los niveles sensoriales-distales, mientras el registro de aquellos que responden a la interioridad (intracorporales) son devaluados socialmente –“los hombres no lloran, el hombre no se queja si es verdaderamente un varón”–, se convierten en extraños o por lo menos progresivamente disponen de registros menos sutiles en comparación con los que derivan de la acción de estímulos externos actuando sobre los canales sensoriales distales.

3 FREUD, S., "El Yo y el ello", en *Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989.

4 GIBERTI, E., "La alteridad, un síntoma de género entre niñas y niños", en M. Rodulfo y N. Gonzalez (comps.), *La problemática del síntoma*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

La situación de la niña es diferente, ya que la tendencia cultural (refiriéndome a las culturas occidentales) se orienta a subrayar el interior del cuerpo de la mujer, ya sea idealizándolo mediante la cifra útero-maternidad-hijos y el surgimiento de la menstruación. Que cualquiera de estas instancias está asociada con la idea de "misterio" respecto del interior del cuerpo de las mujeres no constituye novedad. Desde la literalidad de los cuerpos corresponde llamar la atención acerca del notorio silencio que se encuentra en lo concerniente a los efectos que pudiera producir en la niña la sensación que se genera cuando el agua se introduce en su vulva durante el baño, amén de las investigaciones que ella realiza con sus manitas u objetos. La aparente negación de este punto del orden de la fisiología no es ajena a las dificultades que tiene la niña cuando "declara", en realidad "cuenta" ante la médica forense qué es "lo que le hicieron", ya que con frecuencia debe remitirse a esa zona insonora del lenguaje habitualmente sustituida por "la cola", expresión doméstica destinada a promover la confusión ano/vulva-vagina.

La percepción de su interioridad es diferente para un niño y una niña tanto por la eficacia de los discursos sociales diferentes que la acompañan desde temprano cuanto por la literalidad de los cuerpos de las mujeres (clasificadas como histéricas).

La percepción de su interioridad es diferente para un niño y una niña tanto por la eficacia de los discursos sociales diferentes que la acompañan desde temprano cuanto por la literalidad de los cuerpos de las mujeres (clasificadas como histéricas). La asociación de "lo misterioso" del cuerpo femenino –que forma parte de la subjetivación posterior de la niña que registra su interioridad sin poder recurrir a la palabra o las imágenes para expresarla– está vinculada con las sensaciones intrapsíquicas y remite a lo irrepresentable e inexpressable de la interioridad corporal. La percepción –registro– y las huellas mnémicas derivadas de esa "parte interior" podríamos suponer que no alcanzarían para que esa interioridad fuese representable y posteriormente simbolizable.

Los ataques a la integridad sexual de la niña cuyos soportes físicos y psíquicos se enlazan con dicho registro de la interioridad actúan, además de lo que físicamente es posible diagnosticar concretamente (desgarros vulvares, infecciones vulvovaginales y otras) sobre y en ese nivel de lo inexpressable e irrepresentable de la interioridad (dolor –sufrimiento psíquico por no entender qué le hacen y qué le pasa impregnado todo por lo que siente–, temperaturas, por ejemplo, el calor sorprendente e irreconocible de lo que pueden producir en su interior las maniobras del agresor). Este modelo no es el que corresponde a lo que sucede con el varón víctima de violación y abusos, cuyo desarrollo con relación a los estímulos externos es semejante al de la niña, pero no incluye la dimensión de una interioridad "entrenada" psíquica y socialmente durante sus primeros años de vida, dada la excelencia de su vinculación con un cuerpo que privilegia la exterioridad y el registro intenso de los estímulos externos, fundamentalmente aquellos asociados con su cuerpo sexual.

Estas apreciaciones conjeturales no excluyen el posible registro temprano de la interioridad del varón, pero los estudios clínicos que se ocupan del psiquismo de ambos géneros permiten inferir esta índole de desarrollos como los que acabo de exponer, sostenido por pautas de culturas discursivamente instaladas en el territorio de las diferencias entre niñas y niños; estos últimos cuentan con la disponibilidad de una mirada capturada por sus genitales externos que se alista en el bando de la falidad y la exterioridad dominante.

Si admitimos la tesis propuesta en párrafos anteriores, no resulta excesivamente complejo discernir la diferencia entre los efectos de las acciones del agresor en el cuerpo y el psiquismo de un niño y los efectos en una niña, es decir, la índole de perdurabilidad del daño en unos y en otras, así como la calidad de esos padecimientos. Al mismo tiempo, tampoco resulta tan difícil lograr una posibilidad de evaluar las respuestas de las víctimas según se trata de un género u otro, principalmente en su calidad de interioridad no representable, posteriormente no simbolizable por lo menos en una parte, una porción impedida de ser verbalizada, expresada, como no sea mediante códigos icónicos, dibujos y/o juegos que dependen de quien deba descifrarlos.

Me limito a dejar planteado este punto (que desarrollé más extensamente en un ensayo anterior⁵) por entender que la omisión de esta diferencia constituye un escotoma teórico que merece revisarse, por ejemplo, mediante las comparaciones de las respuestas de niñas y niños víctimas.

Dicho escotoma impide o dificulta la conexión con informaciones internacionales y epidemiológicas. Ilustro con un informe (1998) de Save the Children:

"Las niñas sufren de una y media a tres veces más abusos sexuales que los niños. Se dan en todas las edades, pero más frecuentemente entre los 10 y los 13 años. En el 46% de los casos, se repiten más de una vez sobre la misma víctima" (en Español).

"Los abusos tienen efectos diferentes para niños y niñas. Los niños varones que han sido agredidos es más probable que abusen de otros menores y suelen mostrarse agresivos, mientras que las niñas suelen sentir depresión y ansiedad".

"El hecho de ser niña (mujer) es, indudablemente, uno de los factores que hace mucho más probable llegar a ser víctima de abusos sexuales. Los resultados de los estudios coinciden en que *las mujeres sufren el abuso sexual infantil de una y media a tres veces más que los hombres*. Un sondeo nacional del Gobierno Federal de Estados Unidos mostró, por ejemplo, que, en este país, las niñas sufren tres veces más abusos que los niños".

En cuanto a los agresores, la mayoría son varones que, casi en la mitad de los casos, realizan su primer comportamiento de abuso antes de cumplir 16 años⁶.

Aunque El Siglo del Niño Pimero y la Convención más tarde se evalúen como desafíos promotores de cambios sustanciales en el trato que se ejerce con niños y niñas, si las investigaciones, ensayos y comentarios técnico/teóricos insisten en equiparar ambos géneros en la evaluación de las consecuencias del maltrato y de las revictimizaciones, continuarán reproduciendo los contenidos de las estructuras dominantes –en su dimensión sexista– que impulsan y toleran la persistencia de los malos tratos⁷.

Es preciso desagregar, en todos y en cada uno de los estudios que se ocupan del análisis de malos tratos, revictimizaciones e impunidades de los victimarios, la diferencia entre género mujer y género varón, ya que las niñas son las que sobrellevan estadísticamente el máximo de las violencias. Por otra parte, el registro psicológico de la revictimización como efecto de su tránsito por los estrados judiciales, los efectos físicos y psicológicos del abuso o de la violación y el reingreso a su vida social como persona del género mujer no coinciden con aquello que pueden vivenciar los varones, más allá de las generalidades que la calidad de víctima impone⁸.

Es preciso desagregar, en todos y en cada uno de los estudios que se ocupan del análisis de malos tratos, revictimizaciones e impunidades de los victimarios, la diferencia entre género mujer y género varón.

5 Ídem.

6 GIBERTI, E., "Los malos tratos contra niños y niñas", en *Revista Actualidad Psicológica*, julio, Buenos Aires, 2002.

7 GIBERTI, E., "La niña: Para una ontología de la discriminación" en *Revista Feminaria*, Año XIV, Nº 26/27, 2001. Cf. también GIBERTI, E., "La niña, para una ontología de la discriminación" en *Discriminación de género y educación*, Compilación Faur/Lipsyc, Buenos Aires, Ed. INADI, UNICEF, 2003.

8 GIBERTI, E., "Introducción al estudio de la víctima", en *Revista de Victimología*, Nº 18, Universidad de Córdoba, Centro de Atención a la Víctima, 1999.

4. Los niños y las niñas están en una encerrona

El de ellos es un cuerpo concreto al que el derecho transforma en sujeto de ficción. El sistema jurídico propone la ficción, por eso no hay salida. El enquejecimiento del adulto suscitado por la curiosidad, la satisfacción por el abuso de poder y la desnudez del cuerpo infantil nos habla de un estado de violencia adulta que surge frente a chicos desvalidos, inertes. Esta escena es la que omite con reiterada frecuencia la intevención judicial, en tanto y en cuanto entre el cuerpo desnudo y la ley existe un juego de ficciones⁹, al instituir ese cuerpo como sujeto jurídico y por lo tanto, sujeto anónimo de la ley.

La inclusión del cuerpo victimizado de la criatura en el circuito del derecho merced a las palabras del mismo niño (además de los estudios anatomofisiológicos y psicológicos) es la que transforma ese cuerpo en sujeto de derechos, que será interpelado y mediatizado por la palabra y los dibujos del niño o niña que los colegas presenten. Al escuchar o leer el expediente, se está intentando llegar a lo verosímil acerca del relato y su relación con la narrativa. Pero algo se filtra en la categoría ficcional, porque con frecuencia se busca el quiebre de la verosimilitud.

Se trata de algo de cuya veracidad no hay razón para dudar, lo que no significa que sea cierto: es lo plausible, creíble. Pero no lo entendieron así los autores medievales sino lo que se presenta como semejante a lo verdadero, sin tener pretensión de serlo. Aristóteles, en su *Poética*, lo trata como aquello que no ha sucedido ni sucede pero podría suceder y por lo tanto puede acceder a la consideración de quien lo contempla.

Según la teoría clásica de la comunicación, lo verosímil dependía del contexto, mientras Ducrot¹⁰ incluye la idea de "función referencial", o sea, aquellas funciones que al escuchar permiten afirmar "esto es verdad" o lo contrario¹¹. Contamos con indicadores internos del relato que se pueden considerar verosímiles, así como otros podrían considerarse adquiridos mediante estereotipos, si bien este comentario corresponde a mínimas experiencias con niños y niñas cuya edad oscila entre los nueve y diez años. Los detalles que surgen de la narración que ofrecen niños y niñas orientan acerca de la verosimilitud y la veredicción¹², de allí lo imprescindible de la calidad del entrenamiento de quienes deben diagnosticar. El tema ha sido rigurosamente analizado y expuesto por Virginia Berlinerblau en conferencias y cursos.

Una criatura no conoce las reglas internas del relato, por eso no se preocupa por tornarlo verosímil, ni dispondría de capacidad de simbolización suficiente para realizar la maniobra (pensemos en la frecuencia con que debemos intervenir con niños cuyas edades oscilan entre los dos y ocho años de edad).

Sus respuestas tienen que ver con la argumentación, que es el arte de persuadir, no importa la verdad. Es la necesidad de la criatura de ser creída, el marcador que dirige la argumentación que constituye un ejercicio de espontaneidad cuando repite: "Te dije que me hizo tal cosa". La argumentación reside en el "te dije", que constituye el subrayado agumental de la que ya fue su palabra. Argumenta por lo que dijo, por qué lo dijo y, al repetirlo, su insistencia es su argumento. En lo que se refiere al relato, compromete lo verosímil y la necesidad de persuadir (ser creído).

9 MARI, E., *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, EUDEBA, 2002.

10 DUCROT, O., *Dire et ne pas dire*, Paris, Minuit, 1972.

11 GIBERTI, E. y otros, *Incesto paterno filial contra la hija niña*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.

12 GREIMAS y COURTES, J., *Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, Madrid, Gredos, 1978: "Al postular el carácter autónomo del lenguaje y al mismo tiempo la imposibilidad de recurrir a un referente externo, la teoría saussuriana obligó a la semiótica a inscribir entre sus preocupaciones no ya el problema de la verdad sino el de decir verdad: veredicción de la problemática de la verdad en el discurso enunciado puede interpretarse como las marcas de la veredicción gracias a las cuales el discurso se exhibe como verdadero o falso, mentiroso o secreto".

Los detalles que surgen de la narración que ofrecen niños y niñas orientan acerca de la verosimilitud y la veredicción, de allí lo imprescindible de la calidad del entrenamiento de quienes deben diagnosticar.

En este sentido, podemos describir tres niveles de análisis desde la perspectiva del relato:

- 1) *El acto de relatar*, que se relaciona con lo verosímil y no con lo ocurrido en la escena del hecho.
- 2) *La escena relatada*: "Cuando mi mamá no estaba, ese señor amigo de ella me hizo tal cosa".
- 3) *La forma de relatar* contiene secuencias y argumentos y es entonces cuando se puede advertir, si existiera, el quiebre en la argumentación y lo verosímil.

Pero de estos tres niveles lo que importa es "¿qué dicen los jueces?". "Esto suena poco verosímil porque una vez lo dice de un modo y otra vez de otro modo". El niño y la niña ocupan el lugar de sujeto de derecho ante el juez. La verosimilitud de lo que cuentan, si no se sintoniza como tal en quien lee o escucha, arriesga convertirse en el camino para invalidar su testimonio, porque las palabras de los niños no corresponden a la escena que ocurrió sino a la escena de estar declarando.

Lo que yo puedo saber como psicóloga es que los niños víctima de violencias sexuales por parte de los padres quedan posicionados en una interfase: por una parte, precisan de sus padres y por otra de los jueces que deben administrar justicia. Se encuentran entre dos autoridades máximas, entre dos montañas de poder, donde ellos instalan su propio valle de lágrimas y de silencios. Porque cuando se atreven a hablar, siempre se esconde una escena dolorosa o asustante detrás del discurso, de la cual él es protagonista avergonzado y culposo porque no entiende, no puede pensar en lo que le sucedió para poder entenderlo y entonces queda limitado a sus vivencias, sentimientos y al probable discurso hegemónico acerca de la autoridad indiscutible de los adultos.

Éste es el punto de inflexión entre la víctima y el victimario. Cuando la niña describe lo ocurrido, por una parte se alivia, pero para los adultos "confiesa" y para esos adultos toda confesión arrastra culpa. Por eso contar lo sucedido inevitablemente arrastra un pliegue de culpa en el ámbito del derecho de la víctima. Los niños se tornan sospechosos porque sus palabras se pueden inscribir como denuncias y dejar al descubierto que los adultos son miserables, repugnantes y cobardes.

Determinados magistrados se ciñen a un pensamiento que transforma en error o mentira la palabra de los niños, que merced a su presencia en los juzgados quedan entrampados en una situación ficcional que ellos no buscaron, no quisieron y que los aleja y despega de la realidad que han vivido.

Es la inclusión del cuerpo desnudo del niño en el discurso jurídico lo que crea la ficción, inevitable, pero ella no transforma en falsedad la narrativa del niño; solamente lo inscribe en una dimensión ficticia del discurso jurídico. A partir de allí, lo que el niño cuenta queda asociado a esa ficción con la que la justicia lo invistió. Los jueces insisten en que quieren saber la verdad de lo ocurrido después de ficcionar el recurso jurídico del cuerpo infantil desnudado en el discurso jurídico.

Las palabras con las que el niño denuncia, narrativa de verosimilitud obligada y obligatoria, quedarán capturadas en el nivel de las que Vaihinger¹³ denominaba "tierra de las ficciones". Las ficciones no son un error, ni falsedad, ni ilusión, ni mentira, "no están concebidas como objetos concretos en un espacio-tiempo real, no tienen relaciones causales con cosas que sí las tienen y son creadas escribiendo cierto tipo de enunciados de acuerdo con un conjunto dado de convenciones".

El niño y la niña ocupan el lugar de sujeto de derecho ante el juez. La verosimilitud de lo que cuentan, si no se sintoniza como tal en quien lee o escucha, arriesga convertirse en el camino para invalidar su testimonio, porque las palabras de los niños no corresponden a la escena que ocurrió sino a la escena de estar declarando.

13 VAIHINGER, Hans, "Las fuentes de la idea de ficción en Nietzsche: escritos de juventud". Este ensayo se publicó originalmente con el título "Nietzsche und seine Lehre von bewusst gewollten Schein ('Der Wille zum Schein')", como parte del apéndice del libro de Hans Vaihinger *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche [La filosofía del "como si". Sistema de las ficciones teóricas, prácticas y religiosas de la humanidad fundado en un positivismo idealista. Con un anexo sobre Kant y Nietzsche]*, 2ª ed., Berlín, Reuther und Reichardt, 1913.

Cualquiera sea la tecnología que se utilice para acompañar el relato de la víctima, la clave reside en quien acompaña a las criaturas en el momento en que logra exponer lo sucedido.

Pero no existe una convención concreta entre los derechos de los niños y los jueces, no se ha gestado un contrato entre ellos acerca de la autenticidad de lo que niños y niñas cuentan. Un contrato en el cual una parte se comprometa a creer al mismo tiempo que prueba la verosimilitud de esa declaración.

Cualquiera sea la tecnología que se utilice para acompañar el relato de la víctima –hoy contamos con la cámara Gesell con carácter de obligatoriedad merced a la creación del juez Carlos Rozanski–, la clave reside en quien acompaña a las criaturas en el momento en que logra exponer lo sucedido. Y serán los jueces quienes aporten la posibilidad de descifrar esa clave mediante la sentencia condenatoria del agresor. Las estadísticas al respecto son inquietantes: la proporción entre denuncias y sentencias firmes que sancionan al victimario nos alertan advirtiéndonos que es mucho lo que aún nos falta para que niños, niñas y adolescentes puedan emerger del lugar de los vencidos: tanto por las agresiones sufridas cuanto por el compromiso de las prácticas y de los discursos jurídicos que –salvo excepciones– son los que diseñan el territorio de la impunidad.

NIÑOS VÍCTIMAS, NIÑOS TESTIGOS: SUS TESTIMONIOS EN ALEGATOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL.



Competencia, credibilidad, particularidades y
necesidades especiales del niño testigo.
Videograbación de las entrevistas
de declaración testimonial

Virginia Berlinerblau¹

1. Introducción

Uno de los grandes problemas de nuestra sociedad es el abuso sexual infantil. La atención que años atrás estuvo enfocada casi exclusivamente sobre el niño víctima de maltrato físico ha virado a los niños víctimas de abuso sexual infantil, aunque todavía este tema no ha llegado a convertirse en un asunto de amplio interés público. En el ámbito judicial se observa un incremento sostenido de las denuncias de delitos sexuales que involucran menores desde la década de los '90.

El abuso sexual infantil puede definirse básicamente como la utilización del niño o adolescente para la gratificación sexual del adulto. Incluye la manipulación de los genitales del niño, el coito o su intento, el incesto, la violación, el exhibicionismo, el sexo oral, la exposición a material pornográfico y explotación sexual comercial a través de la prostitución y la producción de materiales pornográficos. Muchos expertos creen que el abuso sexual infantil es una de las peores formas de maltrato y con el mayor subregistro estadístico, debido al secreto o "conspiración para el silencio" que con tanta frecuencia rodea estos casos y que impide recabar documentación fidedigna. La mayoría de los cálculos no incluye a los niños víctimas de la explotación pornográfica y de la prostitución infantil.

Dado que la mayoría de los casos ocurren en el entorno del niño, debemos tener en cuenta para comprender mejor los efectos, cuáles son las características que más se reiteran:

¹ Médica. Especialista en Psiquiatría Infantojuvenil y en Medicina Legal. Médica Forense de la Justicia Nacional.

- En el abuso sexual infantil, el agresor casi nunca recurre inicialmente a la violencia física, sino que valiéndose de su autoridad, capacidad de persuasión y engaño, inicia una serie de conductas de mero contacto físico (juegos que implican contactos) o conductas sexuales que el niño no siempre sabe interpretar con claridad al principio (besos y caricias), para poco a poco ir involucrando a la víctima en conductas sexuales explícitas. La víctima, de esta forma, puede tomar conciencia de lo que está pasando después de un periodo de confusión. Luego es frecuente que el agresor recurra a amenazas y presiones de distinto tipo para que mantenga el secreto.
- Las conductas sexuales en juego se tornan cada vez más explícitas aunque varían según la edad de la víctima y de las características del agresor.
- El agresor suele jugar roles diversos con la víctima, dedicándole atenciones especiales y amenazándola de una u otra forma, siendo amable y autoritario, liberal en su relación sexual y celoso protector para que la víctima no tenga contacto sexual y afectivo con pares de su misma edad.
- La conducta abusiva tiende a repetirse, a veces durante años, hasta que el caso es denunciado, cambian determinadas condiciones familiares o la propia víctima, la madre o la familia imponen su deseo de romper con esta relación.
- En todos los casos de abuso sexual infantil por conocidos del niño, la unión emocional con el agresor y con el resto de la familia está viciada por el secreto y por un sentimiento de impotencia o desvalimiento. El agresor ignora la experiencia del niño, es cegado por sus propias necesidades y convierte al niño en objeto sexual subvirtiendo los roles dentro de la familia.
- No es infrecuente que los miembros de la familia "no se den cuenta" de lo que está pasando.

Los abusos sexuales conducirían, en aquellos casos en que acaban produciendo efectos significativos, a una socialización sexual traumática, una pérdida de confianza relacional y una autoestima negativa.

Como señalan diferentes autores, las conductas de abuso sexual con miembros conocidos por la familia conllevan el "traumatismo del silencio", obligando a la víctima a mantener el secreto e impidiendo, por consiguiente, toda relación de confianza con los otros miembros de la familia, los amigos, etc. De todas maneras, el abuso hace que las relaciones íntimas con el agresor, sus familiares y los demás estén llenas de desconfianza, sobre todo si no logra comunicarlo. Si las conductas se repiten, la víctima tiende a sentirse culpable e indefensa, al no ser capaz de salir de la situación. Todo ello les lleva a los niños/as víctimas a aislarse de los demás, perder capacidad de concentración, sentirse avergonzadas, etc. La hostilidad hacia el agresor y hacia los otros miembros de la familia, especialmente hacia la madre, por "no darse cuenta" y evitar lo que está pasando, constituye uno de los sentimientos más frecuentes de las víctimas.

El trauma puede derivar de la socialización distorsionada que se produce en el vínculo o en la situación. El problema para el niño radica tanto en la dificultad que implica integrar dicha experiencia en su esquema existencial así como en la alteración o distorsión adquirida en el curso del abuso, que aplica indiscriminadamente en otras situaciones de manera inapropiada. De esta forma, los abusos sexuales conducirían, en aquellos casos en que acaban produciendo efectos significativos, a una socialización sexual traumática, una pérdida de confianza relacional y una autoestima negativa.

2. El testimonio infantil

El estudio del testimonio infantil tiene gran importancia en toda investigación porque:

- Arroja luz sobre el desarrollo de la memoria
- Los testimonios de los niños influenciarán decisiones sobre si se encuentra en riesgo, necesita protección o tratamiento o si el caso es infundado

- Permitirá comprender la confiabilidad y capacidad del niño testigo y la mejor manera de obtener el testimonio infantil.

2.1 Particularidades del ASI con relación al sistema legal

Las denuncias de abuso sexual infantil (ASI) plantean particularidades con relación al sistema legal que las torna especialmente difíciles de adjudicar:

- La naturaleza de este delito lo convierte en un evento privado.
- Raramente hay testigos más allá del acusado y del menor víctima.
- Frecuentemente involucra a niñas pequeñas –con habilidades verbales limitadas– y a prepúberes.
- No hay un conjunto de criterios diagnósticos unívocos y/o algún síndrome emocional específico de ASI.
- Los tests psicológicos corrientes efectuados al niño no son aptos para probar o no una historia de ASI².
- Los dibujos de los niños no pueden ser tomados aisladamente para decidir si el abuso ha ocurrido o no.

En cuanto a las manifestaciones clínicas de abuso sexual infantil, pueden aparecer a corto, mediano y largo plazo luego de ocurrido el evento debido a un hecho aislado o a una forma de abuso reiterado. Las manifestaciones clínicas varían en gran medida dependiendo de la edad del niño y de su madurez, del vínculo con el abusador, de las características de los hechos de abuso y del grado de contención familiar, entre otros factores.

Si bien no hay un síndrome específico del niño abusado sexualmente, hay un número de signos y síntomas de observación corriente: los cambios bruscos en la conducta, los temores excesivos, el aislamiento, la irritabilidad o la hipersensibilidad, la ansiedad, la disminución brusca en el rendimiento escolar, el llanto de origen inexplicable, la depresión, las regresiones, la conducta sexualizada o erotización prematura en niños pequeños, la agresividad, las pesadillas, el insomnio y los temores nocturnos. En prepúberes y púberes además de lo ya mencionado pueden aparecer conductas autodestructivas tales como lesiones autoinfligidas, consumo de alcohol, drogas e ideación suicida, ascetismo, conducta promiscua y fuga del hogar. No obstante, muchos de estos síntomas ocurren en psicopatología infanto juvenil y pueden responder a diversos factores etiológicos. También debe destacarse que muchos niños abusados sexualmente no presentan sintomatología manifiesta (posiblemente aquellos casos en donde el abuso es extrafamiliar, no implica penetración y cuentan con una familia que contiene, entre otros factores), o como sucede con frecuencia, muchos niños se sobreadaptan al abuso, o sus problemas no son percibidos como tales por las figuras parentales.

En general, las situaciones de abuso sexual infantil se descubren porque la víctima lo revela, por la observación directa de su conducta, por los síntomas físicos, por los comentarios oídos a otros niños o por accidente, y los casos que llegan a denunciarse son una cifra minoritaria de los casos reales. En el caso del abuso sexual infantil ejercido por familiares o personas cercanas al niño, niña o adolescente –que conforman la gran mayoría de los casos denunciados–, se observa que en general se reitera en el tiempo, a veces por años y no siempre con violencia física.

En general, las situaciones de abuso sexual infantil se descubren porque la víctima lo revela, por la observación directa de su conducta, por los síntomas físicos, por los comentarios oídos a otros niños o por accidente, y los casos que llegan a denunciarse son una cifra minoritaria de los casos reales.

² Los test psicológicos sirven para determinar el nivel de desarrollo o intelectual del niño, también pueden proveer información útil acerca del estado emocional y funcionamiento general. (Cfr. Myers, J., *Legal issues in child abuse and neglect practice*. Sage Publications, 1998, pág. 362).

Con respecto a los signos físicos específicos tales como infecciones venéreas, embarazo, o lesiones genitales de reciente data, no son de frecuente observación en los casos judicializados. El niño, en general, no tiene heridas físicas, ya que se lo utiliza para la estimulación sexual, masturbación, contacto genital no carnal y para el sexo oral.

En general, se deben cruzar varios indicadores del relato, físicos, emocionales/afectivos y de comportamiento, para acercarnos a la presunción de que una niña o niño o adolescente está siendo abusado sexualmente o que ha vivido un episodio de abuso sexual, ya que un solo indicador, analizado en forma aislada, no es necesariamente síntoma o señal de abuso sexual.

Por lo anteriormente mencionado, el asesoramiento forense de las denuncias de abuso sexual infantil se basa fundamentalmente en la obtención y el análisis del testimonio del niño o del adolescente para ponderar luego la credibilidad basada en criterios predeterminados. Además, cuanto más pequeño es el niño o niña entrevistado, más dependeremos de la información provista por sus cuidadores. La validez de la información provista por una figura parental depende de su objetividad individual y de cuán certeramente ha observado a su hijo o hija³. Es decir que la técnica más utilizada para evaluar las sospechas de abuso sexual infantil (ASI) es el interrogatorio verbal, además de que ciertos signos y síntomas, pueden proveer evidencia de abuso, y los profesionales prestan estrecha atención a tales signos y síntomas en los exámenes periciales psiquiátricos y psicológicos. En general, se deben cruzar varios indicadores del relato, físicos, emocionales/afectivos y de comportamiento, para acercarnos a la presunción de que una niña o niño o adolescente está siendo abusado sexualmente o que ha vivido un episodio de abuso sexual, ya que un solo indicador, analizado en forma aislada, no es necesariamente síntoma o señal de abuso sexual.

La exploración pericial deberá contemplar la complejidad del campo de la Medicina Forense, ya que, contrariamente a lo que ocurre en la práctica clínica (en la que el clínico realiza una investigación directa sobre ciertos síntomas y signos presentes en el organismo enfermo), en materia pericial, cuando el perito ginecólogo, psiquiatra y/o psicólogo interviene, ordinariamente el factor causal ha desaparecido, siendo su tarea reconstruir el pasado a partir de ciertos hallazgos determinando después si existe la alegada relación de causalidad. Se trata, en síntesis, de una investigación retrospectiva que conlleva una dosis considerable de dificultad añadida.

La complejidad de los testimonios de abuso sexual requiere una evaluación cuidadosa, basada en métodos múltiples y en fuentes de información diversas. La entrevista psicológica es, junto con la observación, el medio fundamental de valoración de los abusos sexuales a menores, porque permite detectar los indicadores significativos relacionados con la existencia de abusos sexuales y determinar si las respuestas emitidas por el niño –emocionales, conductuales o físicas– coinciden con aquellos síntomas comúnmente considerados como efectos del abuso sexual. No obstante, estos síntomas pueden variar en función de una serie de variables relevantes: el tipo y gravedad del abuso, las diferentes edades y conocimientos sexuales de los menores, las relaciones afectivas previas entre víctimas y abusadores, la reacción diferencial del entorno ante la revelación del menor, etc.

En la etapa pericial, habrá también que considerar la posibilidad de influencia de terceros para fabricación y si existen motivaciones en dicho sentido. En los casos en que el relato está ausente o es pobre, debemos tener en cuenta varias posibilidades tales como: examen insuficiente o técnicamente mal conducido; limitaciones emocionales y/o cognitivas del niño/a: por características del niño o de la situación; por ejemplo, niño muy pequeño, y/o con retraso mental o lenguaje precario, o amenazado, inhibido emocionalmente o sin adecuada contención familiar, o que se retracta, etc.

3 Hewitt, Sandra K, *Assessing Allegations of Sexual Abuse in Preschool Children*, Sage Publications, 1998, pág. 110.

De ahí la necesidad de considerar las producciones del niño por sí mismas, el correlato emocional/afectivo y conductual asociados al momento de la declaración y también si particularmente hay una historia previa de abuso sexual para aclarar los diferentes casos. El perito necesita estar al tanto del desarrollo cognitivo y estado emocional del niño y como éste puede afectar la interpretación y el recuerdo de todo el evento, no ignorar la información colaboradora, incluyendo informes médicos o escolares, evaluaciones psiquiátricas o psicológicas previas u otros elementos que surjan de las personas involucradas en el cuidado del niño, así como del expediente.

2.2 El niño como testigo

Debemos resaltar que gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños para brindar testimonio de manera certera, contradiciendo visiones oscurantistas y descalificadoras. Es decir que, si a los niños se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y en sus propios términos, pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, en especial si son personal o emocionalmente significativas para ellos.

Y aunque los debates acerca de las habilidades de los niños en esta área probablemente continúen por años, los profesionales de la Salud Mental Especialistas en Niños y Adolescentes pueden hacer contribuciones sustanciales a la Justicia al explorar técnicas que ayudan a los niños a comunicar sus experiencias de manera precisa y completa.

Las consideraciones sobre el nivel madurativo y cognitivo del niño o del adolescente, así como de su estado emocional, son cruciales al determinar su competencia para testificar. La edad cronológica, el nivel de desempeño psicosocial, el estado mental y emocional, así también como la naturaleza y calidad de la dinámica familiar y compromiso familiar con la denuncia, tienen una influencia decisiva en la capacidad del niño testigo para satisfacer los requerimientos del sistema legal. Por otra parte, el contexto mismo de la entrevista puede ser determinante. La intimidación no solo conduce a los niños a encerrarse y responder cada vez menos a las preguntas, también puede incrementar su subjetividad. El desempeño infantil está en directa proporción a nuestra capacidad adulta para relacionarnos con ellos.

2.3. Capacidad de la memoria de los niños

La habilidad de un niño para proveer información certera durante las entrevistas depende de la capacidad del niño para recordar. Aun niños tan pequeños como de dos o tres años de edad pueden recordar información certera acerca de eventos experimentados personalmente a través de largos períodos de tiempo. Investigaciones realizadas durante la última década han demostrado que –contrariamente a lo que se cree– los niños que alcanzan la edad preescolar desarrollan la capacidad de recordar experiencias personales a largo plazo.

Se han clasificado los recuerdos en cinco tipos:

- Recuerdo libre
- Recuerdo asistido
- Reconocimiento
- Recuerdo guionado
- Recuerdo reprimido o recuperado

Investigaciones realizadas durante la última década han demostrado que –contrariamente a lo que se cree– los niños que alcanzan la edad preescolar desarrollan la capacidad de recordar experiencias personales a largo plazo.

Entender estos tipos de memoria sirve para entender los obstáculos prácticos que enfrentan los entrevistadores.

2.3.1. Recuerdo libre

Un niño recuerda libremente cuando relata un evento sin asistencia de pistas externas ni de estímulos para impulsar la memoria. Uno de los hallazgos más consistentes en la investigación de la memoria de los niños es que los pequeños no son tan adeptos a la rememoración libre como los niños mayores, los adolescentes y los adultos.

Como los niños pequeños tienen un déficit relativo en el recuerdo libre al ser comparados con niños mayores y con adultos, los entrevistadores frecuentemente descansan en preguntas disparadoras para facilitar su relato y/o activar su memoria

Cuando a los niños pequeños se les hacen preguntas de final abierto tales como "¿Qué pasó?" –que requieren recordar libremente– ellos espontáneamente recuerdan menos información que los niños mayores y los adultos. Por esa razón, las respuestas de los niños pequeños a preguntas que apuntan al recuerdo libre son típicamente incompletas y muy breves, del orden de las tres o cuatro palabras, sobre todo en niños muy tímidos de dos y tres años de edad que ante la pregunta "¿qué pasó?" suelen responder "nada", aun cuando, en efecto, recuerden el incidente. No obstante, las respuestas son generalmente certeras. Por supuesto que el recuerdo libre no está libre de error, sobre todo si se lo "contamina" con preguntas sugestivas.

En relación con las preguntas para recuperar información adicional, los entrevistadores con frecuencia recurren a fórmulas moderadamente directivas para disparar sus recuerdos, es decir, para recuperar información adicional, dado que como se dijo los niños pequeños no son prolíficos al recordar libremente, ni a responder preguntas de final abierto tales como "¿qué puedes contarme acerca de eso?". En buena medida, los niños pequeños descansan en las preguntas de los adultos para disparar información adicional o recuperar información.

La inclusión de estas preguntas directivas no invalida el testimonio, teniendo en cuenta que hay pasos que se toman para limitar la posibilidad de inducirlos, al enmarcar las preguntas focalizadas cuidadosamente, evitando la repetición coercitiva, y al emparejar preguntas directas con estímulos de final abierto para retornar al niño al recuerdo libre.

2.3.2. Recuerdo asistido

El estímulo trae de vuelta el recuerdo, algo dispara una asociación en la mente del niño entre el estímulo y la cosa –persona, lugar, o evento– que es almacenado en la memoria. Entonces, por ejemplo, puede ver un auto que le recuerda al auto conducido por el secuestrador.

En muchos casos, la pista que dispara la memoria es una pregunta. Como los niños pequeños tienen un déficit relativo en el recuerdo libre al ser comparados con niños mayores y con adultos, los entrevistadores frecuentemente descansan en preguntas disparadoras para facilitar su relato y/o activar su memoria. Un niño que dice muy poco en respuesta a preguntas de final abierto puede aportar información vital para establecer lo sucedido en respuesta a cuestiones que apuntan a pistas que activan su recuerdo. De esta manera, frecuentemente resulta necesario comenzar por hacer preguntas más focalizadas bien temprano en la entrevista con niños pequeños.

2.3.3. Recuerdo guionado

Los eventos que se repiten un número significativo de veces forman un libreto en la memoria. Muchos niños, por ejemplo, tienen un libreto de una salida al McDonalds, es decir, pueden no recordar qué pasó en una visita específica a ese lugar, pero tiene un 'libreto' para lo que generalmente sucede allí.

La memoria guionada toma relevancia legal cuando el niño es interrogado para que describa un episodio específico de un evento que pasó numerosas veces. Al tratar de recordar una instancia específica de un evento que ha sido experimentado muchas veces, tanto los niños como los adultos tienen dificultad para distinguir una ocurrencia de las demás ocurrencias, pues el recuerdo de un evento específico puede confundirse en un guión general del evento repetido.

2.3.4. Recuerdos reprimidos

Los adultos en ocasiones recuerdan eventos olvidados largo tiempo atrás. Algunas veces con certeza, otras no. De hecho, los adultos ocasionalmente "recuperan" memorias de abuso en la infancia dormidas durante mucho tiempo. Sin embargo, existe una controversia acerca de la confiabilidad del recuerdo recuperado o reprimido del adulto acerca de abuso sexual infantil, que no es directamente relevante para el recuerdo de los niños. Algunas personas alegan recordar haber sido abusados de bebés o cuando eran niños muy pequeños. El fenómeno de la amnesia infantil genera dudas acerca de tales recuerdos.

La investigación empírica del recuerdo de eventos de la infancia ha sugerido que los recuerdos más tempranos no van más atrás que los tres o cuatro años.

2.3.5. Olvido

Por supuesto, el recuerdo puede debilitarse. Olvidar es normal en niños y en adultos. Alguna investigación sugiere que los niños pequeños olvidan ciertos eventos más rápido que los adultos. Más aún, los eventos traumáticos y estresantes pueden ser retenidos a través de significativos períodos de tiempo por niños pequeños. Cualquiera sea la resolución de la investigación acerca del olvido, hay un consenso general sobre la necesidad de entrevistar a los niños (y a los adultos) lo antes posible. Más aún, los niños son capaces de recordar con certeza eventos salientes meses y años más tarde. Niños tan pequeños como de dos años y medio de edad son capaces de recordar detalles certeros de sus experiencias pasadas, y pueden retener dichos recuerdos aun por un período de uno a dos años.

2.3.6 Amnesia infantil

Los eventos que ocurren antes del segundo o tercer cumpleaños frecuentemente se pierden en la memoria posterior. El término 'amnesia infantil' se utiliza para describir este fenómeno normal del desarrollo.

Sin embargo, el hecho de que los adultos raramente recuerden eventos de la muy temprana infancia no significa que los niños de dos y de tres años de edad carezcan de la habilidad

Cualquiera sea la resolución de la investigación acerca del olvido, hay un consenso general sobre la necesidad de entrevistar a los niños (y a los adultos) lo antes posible.

para recordar eventos recientes. En efecto, la investigación psicológica de la memoria en niños muy pequeños estableció que niños tan pequeños como de tres años de edad ya tienen representaciones bien organizadas de eventos familiares y que niños tan pequeños como de dos años y medio de edad pueden brindar relatos verbales de hechos pasados. Por lo tanto, el efecto de la amnesia infantil justifica el escepticismo cuando los niños mayores y los adultos describen "recuerdos" de abuso durante la infancia o la niñez muy temprana.

2.3.7. Estrés y recuerdo

Con todo, los estudios que se focalizan desproporcionadamente en las debilidades de los niños y que ignoran sus potenciales al exagerar la tendencia de los niños a dejarse sugerir.

Sin duda, el abuso produce estrés por lo que es importante describir su impacto en la memoria. En un tiempo el pensamiento dominante en los círculos psicológicos coincidía en que el estrés tenía un efecto debilitante del recuerdo, y algunos investigadores hoy permanecen adheridos a esta visión. Las investigaciones recientes sugieren, sin embargo, que las características centrales de eventos estresantes pueden ser retenidas de manera durable la memoria, mientras que los detalles periféricos pueden o no ser bien recordados. También se encontró que el distrés estaba asociado con un recuerdo más completo y mayor resistencia a la sugestión.

En definitiva, la memoria no es perfecta ni en niños ni en adultos, pero no necesariamente significa que su discurso resulte poco creíble.

2.3.8. El papel de la sugestión

Otro motivo de preocupación de clínicos y jueces se refiere a la sugestibilidad, a saber: la posibilidad de que la memoria sea distorsionada por preguntas sugestivas. El tema ha preocupado a los profesionales por años y está asociado a la larga tradición de descreimiento de mujeres y niños que alegan ser víctimas de abuso sexual, con sus ciclos de reconocimiento y de denegación.

Aunque los estudios conducían a que los niños pequeños eran más sugestionables que los mayores y los adultos, la investigación de los años 80 descartó el mito de que los niños son invariablemente sugestionables. Sin embargo, al principio de los 90 hubo un resurgimiento de escepticismo respecto de la credibilidad de los niños y por ello se enfocaron en cómo no entrevistar niños. Con todo, los estudios que se focalizan desproporcionadamente en las debilidades de los niños y que ignoran sus potenciales al exagerar la tendencia de los niños a dejarse sugerir.

2.4. Competencia y credibilidad

Para determinar la validez de un testimonio infantil, el sistema legal ha delineado dos cuestiones clave:

- competencia
- credibilidad

Desde el punto de vista legal, la decisión final acerca de la credibilidad del testigo concierne al tribunal que ha juzgado el caso. Desde el punto de vista de la psicología, la credibilidad se refiere a la veracidad y/o precisión del testimonio y depende del criterio de numerosos profesionales vinculados en la investigación.

Sin embargo, aun antes de que la credibilidad se evalúe, debe establecerse la competencia para testificar o para hacer una declaración, es decir, la habilidad del niño para proveer información legal relevante, y distinguir lo verdadero de lo falso. Implica suficiente capacidad mental –inteligencia– durante el evento para poder describir certeramente el acontecimiento y la capacidad para comunicarla –lenguaje suficiente–, así como de entender preguntas simples de su ocurrencia.

2.4.1. Valoración de la credibilidad del niño

Es frecuente que en los casos de abuso sexual infantil que llegan al CMF de la Justicia Nacional, se solicite al perito psiquiatra infantojuvenil o al perito psicólogo que, luego de realizada la entrevista de declaración testimonial, se examine al niño a fin de asesorar la credibilidad y otros indicadores compatibles con un abuso sexual. La credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño.

Los factores que influyen favorablemente la credibilidad en el niño/a incluyen:

- Conocimiento sexual inapropiado para la edad.
- Relato espontáneo.
- Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.
- Descripción detallada.
- Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.
- Relato de la historia por partes.
- Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
- Estado afectivo congruente con lo explicitado (aunque puede haber muchos motivos por los que un niño esté enojado, triste o manifieste aislamiento del afecto).
- Estilo cándido, tal como el hacer correcciones espontáneas, admitiendo que hay detalles que no puede recordar.
- Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.
- Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción).
- Descripción de la experiencia subjetiva.

Habrá también que considerar la posibilidad de influencia para fabricación. En los casos en que el relato está ausente o sea pobre, debemos tener en cuenta varias posibilidades, tales como:

- Examen insuficiente o técnicamente mal conducido;
- Limitaciones emocionales y/o cognitivas del niño/a: por características del niño o de la situación.
- La posibilidad de falsas denuncias.

2.5. Falsas denuncias

Debe tenerse en cuenta que la revisión de la literatura revela gran confusión en las definiciones de lo que se considera falsa denuncia. Algunos autores no distinguen entre denuncias insustanciadas y denuncias falsas. Las denuncias pueden ser divididas en tres tipos, a los cuales se le han dado una variedad de nombres:

- sustanciado/ fundado/ verdadero/ confirmado/ probado;
- insustanciado/ infundado/ no probado/ insuficiente información;
- falso/ ficticio/ erróneo.

Los casos insustanciados/ infundados incluyen aquellos donde la evidencia es insuficiente para clasificar el caso en la categoría positiva; sin embargo, estos casos no necesariamente reflejan "denuncias falsas" porque muchas de ellas pueden incluir reclamos válidos de abuso que simplemente no alcanzan el nivel de prueba requerido para iniciar una investigación o para llevar el caso a la justicia.

Es probable que el número de falsas denuncias sea considerablemente menor que el número de casos infundados o no sustanciados. Algunos investigadores reservan la designación de "denuncias falsas" a aquellos casos donde hay intención deliberada y maliciosa de producir una denuncia falsa.

Sumados a las dificultades con las definiciones hay alguna confusión semántica acerca de la palabra "falso" que puede ser tomada para significar tanto "mendaz, engañoso" así como "erróneo o equivocado". Por ello, el número de denuncias falsas a veces es erróneamente confundido con el número de denuncias no sustanciadas o infundadas. Eventualmente, algunas de estas denuncias podrán ser validadas con el seguimiento del caso. Por lo tanto, es probable que el número de falsas denuncias sea considerablemente menor que el número de casos infundados o no sustanciados. Algunos investigadores reservan la designación de "denuncias falsas" a aquellos casos donde hay intención deliberada y maliciosa de producir una denuncia falsa.

Por esto es necesario resaltar que:

- Es fundamental considerar las producciones del niño por sí mismas y también si particularmente hay una historia previa de abuso sexual para aclarar los diferentes casos.
- El evaluador necesita estar al tanto del desarrollo cognitivo y estado emocional del niño, y de cómo éste puede afectar la interpretación y el recuerdo de todo el evento.
- No ignorar la información colaboradora, incluyendo informes médicos o escolares, evaluaciones psiquiátricas previas u otros elementos que surjan de las personas involucradas en el cuidado del niño.

2.6. Las entrevistas de declaración testimonial

El objetivo principal de los lineamientos desarrollados a continuación consiste en promover la calidad de la atención provista a los niños, niñas y adolescentes cuando son evaluados por posible abuso sexual, teniendo en cuenta que la mejor manera de mejorar las entrevistas es asegurarse de que los entrevistadores reciban un entrenamiento formal que integre la investigación y la práctica clínica para: a) obtener declaraciones confiables sobre posible abuso sexual y b) maximizar el monto de la información obtenida del niño, dada su edad, circunstancias y predisposición a hablar.

Y aunque estos lineamientos están focalizados en abuso sexual infantil, los principios se aplican en niños por abuso físico, así como niños expuestos a cualquier tipo de riesgo, incluyendo violencia física, padres alcohólicos y adictos a drogas, negligencia parental o que hayan sido testigos de un crimen.

Representan ideas que contemplan la mejor práctica, pero no única estandarizada. En efecto, existen diferentes enfoques para abordar la temática, como resultado de la experiencia clínica que deben ser periódicamente actualizados a medida que se expanda el conocimiento científico acerca de cómo entrevistar niños y valorar sus testimonios.

2.6.1. El testimonio infantil, en el juicio oral y en videograbación previa, factores de estrés en el niño

A la hora de aceptar sin más el testimonio prestado por testigos adultos surgen problemas importantes. Un testigo infantil gana en credibilidad si puede presentar su testimonio en vivo; pero esta ganancia tiene también un costo emocional para el niño, que padece una gran ansiedad antes, durante e incluso después de un juicio en el que ha sido llamado a declarar, al igual que sucede con cualquier adulto enfrentado a una situación de evaluación desconocida. Esta ansiedad surge aun cuando se toma la declaración en un recinto especialmente preparado como la cámara Gesell o en una habitación que cuente con circuito cerrado de televisión (opción más recomendable).

El primer agente inductor de estrés en el testigo infantil es la demora entre la presentación de la denuncia y el momento de testificar, ya sea en el juicio o al ser entrevistado previamente (art. 250 bis CPPN). Además de los problemas de deterioro del recuerdo de los hechos sobre los que debe testificar, un segundo problema reside en la ansiedad que provoca en el niño y en su familia el esperar a ser examinado en el juzgado. Además, la ansiedad aumenta cuanto mayor es su desconocimiento de los procedimientos legales. Al tener que enfrentarse con lo desconocido, el niño desarrolla una gran angustia, así como una serie de aprehensiones (en gran medida erróneas) sobre la forma o el propósito del juicio. En la actualidad se entiende que, de cara a minimizar el estrés pre-juicio y a maximizar el desempeño del testigo infantil, los niños y adolescentes deberían ser cuidadosamente preparados para su aparición en un juicio e informados en detalle acerca de lo que ocurrirá en el juicio y sobre lo que se espera de ellos al declarar.

Por último, un tercer problema que ocasiona la demora radica en que –mientras espera el juicio– el niño es entrevistado una y otra vez por una serie de adultos: policías, médicos de la policía y de hospitales, médicos y psicólogos de servicios de asistencia a la víctima, asistentes sociales, médicos y psicólogos forenses, etc., que no siempre cuentan con la formación requerida para obtener un testimonio objetivo, completo y válido, con el agravante de que en la mayoría de los casos no suelen registrarse los dichos iniciales del niño o, si lo son, no suelen ser valorados luego en el ámbito judicial.

Entre los factores de estrés durante el juicio, el primer problema que debe enfrentar el niño o adolescente durante esta fase es la probabilidad de encontrarse con el acusado en el juzgado o en la sala de espera previo a ingresar a declarar, antes del juicio. Si es llamado a declarar dentro de la sala, previamente el niño debe permanecer en el lugar de los testigos, rodeado por extraños que hablan de forma extraña. Hay varios aspectos de la toma de declaración, aun cuando se realice en el recinto de la cámara Gesell o por medio de circuito cerrado de televisión que alteran emocionalmente al testigo infantil: 1) permanecer solo en el lugar de los testigos; 2) la proximidad del abogado y/o el fiscal (que pueden llegar a sugerir que miente o acusarlo de mentir); 5) las formalidades del sistema legal; y 6) la necesidad de hablar en alto. Un problema adicional es la jerga legal que les resulta difícil (si no imposible) de comprender. Todo ello se potencia si el niño o adolescente es llevado a declarar en el recinto del juicio oral, donde tiene que lidiar con el acusado cara a cara.

Por consiguiente, consideramos que la influencia de los factores mencionados más arriba se morigeran con la utilización de la cámara Gesell o a través de un circuito cerrado de televisión, gracias a su capacidad de reducir significativamente los problemas emocionales que rodean la declaración del niño en el ámbito judicial, al brindarle privacidad, un entorno confortable y ser entrevistado por psicólogas entrenadas a tal efecto.

En la actualidad se entiende que, de cara a minimizar el estrés pre-juicio y a maximizar el desempeño del testigo infantil, los niños y adolescentes deberían ser cuidadosamente preparados para su aparición en un juicio e informados en detalle acerca de lo que ocurrirá en el juicio y sobre lo que se espera de ellos al declarar.

Contar con la declaración testimonial videograbada ofrece las siguientes ventajas:

- Provee un registro exacto de la(s) entrevista(s).
- Provee la documentación visual de los gestos y las expresiones faciales que acompañaron las declaraciones verbales del niño, niña o adolescente.
- Provee un registro visual y verbal que permite la revisión por otros profesionales, aun varios años más tarde.
- Posibilita la reducción del número de entrevistas que toman otros profesionales.
- Representa una forma de entrenamiento continuado para el entrevistador.
- Brinda protección profesional al entrevistador ante eventuales cuestionamientos.
- Es un instrumento efectivo para ayudar a que el adulto no ofensor o el denunciante comprendan qué sucedió y qué no sucedió.

La manera de mejorar las entrevistas con niños consiste en asegurarse de que los entrevistadores reciban un entrenamiento que integre la investigación, la práctica clínica, la revisión, actualización y supervisión continuas, así como la interacción con colegas experimentados.

Las posibles desventajas:

- Las complicaciones logísticas para obtener los equipos y el lugar de entrevistas pueden impedir su utilización.
- La calidad técnica de los videos y del sonido puede ser mala.
- Puede perderse el material de entrevistas debido a desperfectos técnicos.
- El caso puede centrarse más en la técnica del entrevistador que en la denuncia de ASI.
- Los videos o CD pueden caer en manos de personas inadecuadas.
- Dado que el develamiento del ASI suele darse en un proceso gradual, más que como episodio único, la utilización en el juicio de una sola entrevista puede prestarse a confusiones o a la obtención de material incompleto. Esto ocurre en casos de niños de edad preescolar –que típicamente brindan declaraciones breves e incompletas– y/o con aquellos poco predispuestos a hablar.

2.6.2. Prácticas de entrevistas apropiadas

Las entrevistas con el menor deben hacerse en un ambiente protegido y en un clima empático, de forma que se posibilite la expresión adecuada de las emociones y de los pensamientos. En ocasiones, favorecer una primera revelación tal vez requiera varias sesiones, dado que no siempre resulta fácil que el niño (sobre todo si es pequeño) se atreva a romper su silencio y comience a relatar los sucesos abusivos. Asimismo, deben adaptarse a la fase del ciclo evolutivo en que se encuentra el menor y a la situación emocional que atraviesa como consecuencia del suceso traumático. Desde un punto de vista técnico, las entrevistas deben responder a la técnica del recuerdo libre, vertebrado en torno a una batería de preguntas abiertas y no directivas, lo que supone evitar las preguntas cerradas de naturaleza sugestiva o inductora. Se debe eludir tanto la entrevista tipo interrogatorio como la entrevista excesivamente paternalista. En la medida de lo posible, la exploración debe realizarse de forma individualizada, evitando expresamente la presencia de personas que puedan tener algún interés especial en el caso.

2.6.3. Formación del entrevistador

Dado que el entrevistar niños constituye a la vez "un arte y una ciencia", no hay una clara definición de una entrevista 'perfecta', de ahí la importancia de que los evaluadores tengan la libertad de ejercer su juicio clínico en casos individuales.

La manera de mejorar las entrevistas con niños consiste en asegurarse de que los entrevistadores reciban un entrenamiento que integre la investigación, la práctica clínica, la revisión, actualización y supervisión continuas, así como la interacción con colegas experimentados.

Por tanto, la formación del entrevistador debería contemplar un entrenamiento previo que incluye como elementos cruciales:

- a) Conocimiento sobre el desarrollo emocional, cognitivo y lingüístico de los niños.
- b) Conocimiento del sistema legal y judicial.
- c) Entrenamiento en técnicas para asesorar la competencia mental, legal y lingüística de los niños.
- d) Entrenamiento en técnicas de entrevistas investigativas forenses con niños para obtener declaraciones confiables, objetivas y válidas.
- e) Antecedentes de formación sobre la dinámica del abuso de niños y adolescentes y su impacto en el psiquismo.
- f) La actualización permanente la forma de consultas a colegas, de la literatura científica y de cuestiones legales.
- g) El proceso de entrenamiento es de por vida; los principiantes de hoy devienen en los expertos del mañana.

2.7. El testimonio infantil: la entrevista investigativa forense

Se define a la entrevista investigativa forense como el intercambio entre un entrevistador que aplica la técnica forense y un niño o niña, con el único objetivo de obtener datos no contaminados que den base o no a un presunto evento, a un abusador, en un sitio y tiempo determinado. Se investiga el recuerdo del evento, lugar, tiempos, conducta del abusador y conducta de la víctima, es decir, circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos denunciados. La entrevista investigativa forense tiene como propósito obtener información objetiva y no contaminada del evento por medio de la interacción verbal.

El carácter directivo o sugestivo depende del contexto en que se formula la pregunta.

2.7.1 El vocabulario de las entrevistas investigativas

Los profesionales usan varias palabras para describir tipos de preguntas, incluyendo "de final abierto", "focalizadas", "específicas", "sugestivas" y "directivas", para nombrar las más comunes. No hay un consenso universal acerca del significado de estas palabras, todo depende de cómo está formulada la pregunta, quién la hace, y dónde encaja en la totalidad del contexto socio y psicolingüístico.

Por ejemplo, una pregunta de final abierto puede ser: "¿sabes por qué estás aquí?", "¿pasó algo?", o "¿puedes contarme qué pasó?".

Las preguntas focalizadas son aquellas que centran la atención del niño en un tópico, lugar o persona particular sin proveer información acerca del objeto de la pregunta, por ejemplo: "hablemos del jardín", sin sugerir el tipo de información que se quiere obtener acerca del jardín. Cuándo, cómo, dónde, quién son preguntas focalizadas. Deben evitarse las preguntas "por qué", ya que los niños suelen vivenciarlas con culpa o interpretarlas como un reproche o acusación.

No hay una línea clara entre preguntas focalizadas y específicas. En muchos casos una pregunta específica simplemente explora mayores detalles siguiendo una respuesta del niño a una pregunta de final abierto o focalizada. Las preguntas específicas algunas veces conllevan a respuestas cortas: "¿de qué color era su remera?". Preguntas tales como "¿la remera era roja?", requieren respuestas por sí o por no y pueden suggestionar o alterar un recuerdo, por ello no son aconsejables. En este sentido, el carácter directivo o sugestivo depende del contexto en que se formula la pregunta (por ejemplo, el niño mencionó antes o no que alguien vestía remera).

Si la pregunta del entrevistador introduce información que el niño no había mencionado previamente, se incrementan las posibilidades de error en la información obtenida. Claro que es poco probable que una sola pregunta inapropiada provoque un relato falso de abuso. Cada pregunta es una puntada de tapiz; para ver el patrón es necesario tomar distancia y mirar todo el conjunto.

Una pregunta dirigida, sesgada, sugestiva y/o tendenciosa sugiere que el entrevistador está buscando en el testigo una respuesta en particular que el interrogador desea. Por supuesto, las preguntas dirigidas vienen en blanco y negro y en innumerables tonos de grises. Pocos negarían que la pregunta "¿te tocó el pito, no es cierto?" está dirigida en alto grado, ya que es esencialmente una declaración de hecho seguida por un pedido de consentimiento. Un ejemplo adicional de una pregunta dirigida es "Él te llevó allí tres veces, ¿no es cierto?"

Si la pregunta del entrevistador introduce información que el niño no había mencionado previamente, se incrementan las posibilidades de error en la información obtenida. Claro que es poco probable que una sola pregunta inapropiada provoque un relato falso de abuso. Un análisis certero requiere la consideración de cada pregunta en su turno, juntamente con el análisis de la pregunta que la precedió. Cada pregunta es una puntada del tapiz; para ver el patrón es necesario tomar distancia y mirar el todo en conjunto.

Las preguntas de opciones múltiples deberían utilizarse sólo para clarificar el develamiento. El entrevistador no debería efectuar preguntas directas que incluyan a una persona específica o una acción específica, salvo para clarificar información ya brindada. Una vez que el niño provee una respuesta a una pregunta de opciones múltiples o a una pregunta directa, el entrevistador debería retornar a preguntas más abiertas. No olvidemos que diferentes culturas tienen modelos narrativos diferentes.

El objetivo y diseño de la entrevista investigativa forense está dirigido a maximizar el monto de información precisa obtenida del niño, por medio de la rememoración libre y sin inducirlo. Se comienza con preguntas de final abierto y a medida que la entrevista progresa, y sobre la base de la información que el niño va aportando, se pueden efectuar preguntas focalizadas para expandir o clarificar ciertas áreas si lo consideramos necesario.

La entrevista puede ser dividida en tres partes, cada una con sus objetivos particulares y desafíos esperables. La parte central se focaliza en un interrogatorio mientras que la fase final permite al niño buscar resoluciones.

Cuando comienza la entrevista, el niño y el entrevistador están forjando una relación, y el niño, niña o adolescente posiblemente está tomando una decisión acerca de confiar en este entrevistador con información sensible. El entrevistador necesita crear una atmósfera de aceptación y comprensión, mientras subraya la importancia de la tarea. Puede también propiciar que el niño o niña adquiera conceptos relevantes desde el punto de vista forense (tales como contar, el concepto del tiempo o su habilidad para entender la obligación de decir la verdad) y su habilidad oral. También familiarizará al niño con un formato de pregunta-respuesta, construyendo la expectativa de que está escuchando cuidadosamente las respuestas del niño y está tomando en serio sus palabras. Los objetivos de la fase inicial, entonces, incluyen la construcción de rapport o confianza, determinar su nivel de desarrollo y la definición de la tarea.

Una vez que se logra la primera fase, el entrevistador puede llevar al niño a la fase del interrogatorio sobre abuso. El foco durante esta parte de la entrevista está en plantear de manera cuidadosa preguntas no dirigidas y en obtener del niño un relato completo acerca de algún evento abusivo. El entrevistador debería valerse de la información ganada en la parte inicial de la entrevista para estimar la complejidad del lenguaje empleado y el tipo de preguntas que se formularán (por ejemplo, no preguntar acerca del número de incidentes si el niño no puede contar o manejar números). El entrevistador también puede aprovechar esta fase para chequear la

exposición a factores de riesgo, tales como uso de drogas, violencia doméstica y material pornográfico. Aunque esta porción de la entrevista está muy focalizada en el propósito del estudio, es recomendable que el entrevistador permanezca sensible a las necesidades emocionales del niño y esté predispuesto para desviarse de la tarea si es necesario.

El entrevistador se apoyará en el rapport desarrollado en la fase inicial como un ancla emocional para el niño y como guía clínica al calibrar cuándo presionar sobre alguna cuestión y cuándo permitir al niño evitar o distraerse del interrogatorio. Entonces, la fase del interrogatorio requiere tanto de un alto nivel de perspicacia clínica como de un completo entendimiento de cuestiones forenses.

Una vez que el profesional decide finalizar la entrevista (porque se ha obtenido toda la información disponible o porque ha decidido continuar otro día), es importante permitir al niño lograr el cierre y, al menos, una resolución emocional temporaria. Durante la fase de cierre, puede elogiar al niño por su cooperación y ofrecerle la oportunidad de hacer preguntas sobre el proceso. Esta parte final está enfocada más en las necesidades emocionales del niño que en obtener información, aunque el entrevistador debe seguir evitando hacer declaraciones o conductas que puedan contaminar declaraciones futuras del niño.

Finalmente, debería llevar al niño a la discusión de tópicos más livianos, para facilitar la transición a la salida del recinto de la evaluación.

Deberemos tener en cuenta que:

1. La actitud y conducta del primer entrevistador puede traumatizar aún más al niño o niña, pues los niños pueden temerles a los adultos.
2. Si el entrevistador es dominante o sugestivo, el niño o niña puede tratar de complacerlo diciéndole lo que el quiere oír.
3. Si muestra demasiada simpatía, se puede estimular al niño o niña a exagerar la victimización para así conseguir mayor atención y simpatía.
4. Algunos niños son sugestionables y pueden fácilmente ser persuadidos de complacer y ayudar al entrevistador, otros no lo son y se mantienen dentro de los hechos.

3. Conclusiones

La creciente cantidad de bibliografía coincide en que los niños se perturban emocionalmente en el recinto del juicio, en particular si tienen que enfrentar al acusado. En una posición altamente vulnerable, el niño puede causar una falsa impresión en el juicio; o puede aun revertir su posición y negar el haber sido abusado, es decir, retractarse. La inconsistencia en las declaraciones del niño puede crear problemas a los clínicos y fiscales. Por fortuna, la ley permite que las declaraciones previas, acorde a lo normado por el art. 250 bis del CPPN sean introducidas como evidencia, proveyendo que el fiscal presente el testimonio de un experto para explicar la dinámica y motivaciones psíquicas para la inconsistencia del niño y/o el cambio de historia. Esto hace por añadidura al rol de los profesionales de la salud mental, al determinar si un niño victimizado puede en efecto resistir el estrés de testificar, así también al asegurar a las víctimas el recibir adecuado soporte durante el juicio.

El entrevistador se apoyará en el rapport desarrollado en la fase inicial como un ancla emocional para el niño y como guía clínica al calibrar cuándo presionar sobre alguna cuestión y cuándo permitir al niño evitar o distraerse del interrogatorio. Entonces, la fase del interrogatorio requiere tanto de un alto nivel de perspicacia clínica como de un completo entendimiento de cuestiones forenses.

Debe destacarse la urgencia del debate para lograr consensos acerca de la necesidad de una preparación adecuada del niño para declarar, protegiendo y balanceando tanto sus derechos y garantías como los del imputado.

La sanción del art. 250 bis del CPPN y la videograbación del testimonio infantil significan un enorme progreso en la Argentina en cuanto a obtener del relato del niño sin dañarlo emocionalmente. Esto, además, contribuye a la mejor valoración y conservación de la prueba y hace más difícil para los abusadores escapar de la justicia. Finalmente, facilita la tarea de los fiscales en la persecución de los abusadores, al permitirles introducir la videograbación del testimonio y liberarlos del requerimiento de que el niño testigo sea emocional y mentalmente capaz de testificar durante el juicio.

Resaltamos nuevamente que el contexto de la entrevista y las tareas exigidas, así como la habilidad y formación del entrevistador son elementos condicionantes de la habilidad y predisposición del niño para hablar en forma completa, válida y precisa del abuso, aspectos que evidentemente están en manos de los adultos.

Por último, debe destacarse la urgencia del debate para lograr consensos acerca de la necesidad de una preparación adecuada del niño para declarar (sobre todo los niños pequeños o emocionalmente poco predispuestos a hablar del abuso), protegiendo y balanceando tanto sus derechos y garantías como los del imputado, así como acerca del valor de las declaraciones extrajudiciales de los niños durante el proceso judicial, tales como las que se producen en el inicio, en la policía, escuela, la consulta clínica médica o psicológica u otras, en tanto y en cuanto son espontáneas y no reproducibles.

La falta de tales registros daña tanto a los niños que efectivamente fueron abusados como a las personas acusadas falsamente de abuso, ya que los jueces son privados de datos objetivos acerca de la respuesta espontánea del niño así como de la presencia o ausencia de preguntas dirigidas.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil¹

Carlos Rozanski²

En el artículo publicado en el presente volumen, la Dra. Giberti mencionaba una palabra clave a la hora de reflexionar sobre el tratamiento que reciben los niños y niñas víctimas de delitos en la justicia: "confesar", un término primordial para entender tres o cuatro cuestiones básicas sobre este tema.

Hace más de quince años, en el Bolsón intervine en un juicio donde la víctima era una niña retrasada mental, de unos quince años de edad, pero con un desarrollo mental de alrededor de ocho. Le habían introducido un palo en la vagina, después la habían penetrado y en esa circunstancia llegó la policía, estaba sangrando. Durante el juicio, el agresor estaba declarando y el juez, sentado al lado mío -éramos tres jueces-, le preguntó a la niña si el muchacho que le había introducido el palo en la vagina le gustaba: "A vos, "el Pato" ¿no te gustaba?, ¿no tenías ganas de tocarlo abajo?, ¿vos no le dijiste que te lo coloque?". Esto es textual y está grabado. El efecto que tuvo en mí esa escena perdura aún hoy, y espero que nunca cese, porque, en mi caso, significó el inicio de la comprensión de algunas cosas. En inglés hay una palabra (*awareness*) cuya traducción literal sería "tener conciencia de una cosa". En ese momento cuando el juez interrogaba a la niña tomé conciencia de varias cosas que me llevaron a extraer algunas conclusiones. La primera, lo denuncié al juez al día siguiente. La segunda surge de la sentencia en el voto de ese mismo juez. Hay que tener en cuenta que quien hace ese tipo de preguntas trasluce algún tipo de perversión, y en segundo lugar es interesante recordar una frase de su voto: *"si bien en un principio negó al tribunal que el muchacho le gustara, lo cierto es que después terminó confesando que le gustaba. Lo que no le gustó fue lo del palo"*. Éste es el razonamiento escrito. En este caso, había un objetivo no dicho que era llevar esto al beneficio para esta persona y en lugar de que fuera condenado por violación, que fuera condenado por lo que en esa época se llamaba "abuso deshonesto", que es finalmente lo que sucedió. ¿Por qué? Porque si ella consentía la penetración pero no el palo, eso se llamaba abuso deshonesto y tenía una pena leve. Por supuesto que escribí una disidencia que nadie leyó. En efecto, los jueces pasamos una parte importante de nuestras vidas escribiendo cosas que no va a leer ningún colega, por lo menos los que solemos tener dificultades para lograr mayorías en estos temas, en vez de estar haciendo algo con un efecto positivo.

1 Adaptación escrita de la exposición del Dr. Rozanski en el tercer panel del seminario, que tuvo lugar el 24 de abril de 2009 donde se discutió el rol de los distintos especialistas y la protección de derechos en tratamiento judicial a los NNA víctimas o testigos de delitos.

2 Juez del Tribunal oral federal N° 1 de la Plata. Creador del art. 250 bis y ter Código Procesal Penal de la Nación.

Entonces, la segunda conclusión sobre este caso, que mantengo hasta el día de la fecha, es que los niños y niñas no tienen nada que ver con los juicios. Esa niña no tenía que estar ahí. En definitiva, si esto no se expresa y no se comparte, no se puede seguir hablando de intervención respetuosa en abuso sexual infantil. ¿Por qué la escena del juicio de El Bolsón 15 años atrás me inquietaba? Simplemente porque el juez loco que estaba ahí, el violento, es un producto del propio sistema. El sistema se equivocó al designarlo, lo mantuvo y está hasta el día de hoy juzgando conductas.

El derecho a ser oído consiste en crear las condiciones para que esa criatura pueda expresarse. Si esos espacios no son generados, se viola el derecho de esa criatura a ser oída.

El problema más importante no es el loco agresivo interrogando mal -que obviamente no tendría que ser juez-; el problema es que no se quiere ver la escena, porque si no, todos acordarían en que una criatura víctima no tiene que concurrir a un estrado judicial. Todo lo demás se puede discutir. Incluso si la cámara Gesell es el mejor o el único método aconsejable, o qué tipo de mecánica de entrevista es conveniente usar, o cómo mejorar la capacitación del que interviene. Pero, aunque podamos poner en duda alguna metodología de intervención, o incluso una mala intervención que pueda haber por algún profesional de la psicología y la psiquiatría, no va a cambiar la idea de que los chicos no tienen que volver a los juicios. Eso significaría un retroceso extraordinario que no podemos aceptar.

La segunda cuestión se relaciona con las criaturas quienes no sólo no tienen que estar en los juicios, sino que tampoco deben tomar contacto con la policía, ni con los fiscales, ni con los jueces, sobre todo porque no son testigos tradicionales, son víctimas muy especiales. Resulta habitual escuchar que se interprete esta propuesta como una violación del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que apunta al derecho del niño a ser oído. Esto es exactamente al revés, porque el derecho a ser oído no significa llevar a una nena a preguntarle dónde le introdujeron el pene, porque lo que están haciendo es silenciarla. Le están violando el derecho a ser oída. El derecho a ser oído consiste en crear las condiciones para que esa criatura pueda expresarse. Si esos espacios no son generados, se viola el derecho de esa criatura a ser oída. Esto es importante porque es lo inverso de lo que se dice habitualmente, es un cambio de paradigma. Si ese cambio de paradigma no se enseña en cada facultad se va a reproducir el modelo tradicional.

El derecho desde la teoría, ese ejercicio perverso tan habitual en los hombres del derecho, que los aleja de la realidad, y que en última instancia son las cosas que aprenden de memoria muchos jueces, quienes pierden la posibilidad -si es que alguna vez la tuvieron- de lo que la Dra. Giberti mencionó en su artículo: la abstracción. Un tema que aún hoy carece de investigación. La diferencia entre los niños y los adultos es la posibilidad de abstraer. Si no, se queda en el pensamiento concreto. Mi experiencia personal me ha hecho ver durante los últimos veinte años que hay muchísimos funcionarios y magistrados que se han quedado en el pensamiento concreto que se traduce en los fallos cuando se trata el tema de la verosimilitud. Curiosamente, sucede lo inverso: lo que para el derecho penal tradicional dogmático significa algo inverosímil es totalmente verosímil desde el punto de vista de una víctima infantil de abuso sexual. Y ésta también es una diferencia que hay que marcar y que hay que capacitarse para comprender.

Tercera cuestión, el delito de abuso sexual infantil es el más impune de la Tierra. En la Argentina se esclarecen entre el 1% y el 2% de los delitos que se denuncian, no de los que se comenten. Si se tiene en cuenta que en el caso de abuso sexual infantil sólo se denuncia menos del 10%, de cada 1000 abusos, se esclarece uno; por tanto 999 quedan impunes.

Esto da cuenta de la complejidad del problema, que involucra muchos factores muy serios, no sólo el desconocimiento (que es mucho) o la falta de capacitación. De lo contrario, éste no sería el delito más impune. Voy a dejar planteadas tres o cuatro razones para semejante despropósito:

- **El secreto.** Son delitos que se cometen en secreto, impera la ley del silencio.
- **La confusión.** Los sentimientos que se mezclan en la cabecita de la víctima, de culpa, de auto recriminación, de terror, ira y afecto. En este último caso, porque en la mayoría de los casos son intrafamiliares.
- **La violencia,** que ocurre en el 100% de los casos, a pesar de los que todavía hoy creen que si no existió violencia física no hay violencia de ningún tipo, obviando un sinfín de investigaciones que demostraron la existencia de otra clase de agresiones que dañan tanto o más que la primera, por ejemplo la violencia psíquica o psicológica.
- **Las amenazas** que se acostumbra ejercer sobre la criatura. Eso hasta cierta edad, porque cuando son muy pequeños, ni siquiera hace falta amenazarlos. El niño confía en el adulto; cuando el adulto le está diciendo que haga algo, lo hace. Cuando le dice que es normal, que todos los padres, o lo tíos lo hacen, ellos lo creen. Ni siquiera se requieren amenazas.
- **La responsabilidad** en el 100% de los casos es del abusador. Cualquiera que pretenda atenuar la responsabilidad basada en que la víctima tenía un desarrollo mental y/o físico similar al de un adulto actúa perversa e ilegalmente y beneficia a los agresores.
- Se trata de una **cuestión pública.** El abuso infantil es público, una cuestión de Estado, en la cual está obligado a intervenir. La Convención bien leída lleva necesariamente a esa conclusión. Hoy se sabe que no son cuestiones privadas, como tampoco lo es la violencia familiar, si es que se tiene en cuenta lo que le está pasando a la víctima en toda su dimensión. Por supuesto que la necesidad de intervenir es imperiosa y en el caso de las criaturas, muchísimo más, independientemente de si la mamá quiere denunciar o no. En muchos casos las madres también son víctimas de violencia, en algunos son entregadoras o encubridoras. En cualquier caso, el interés del niño no se está respetando si esa denuncia no se hace o si el Estado no interviene. Por tanto, hay que prestar atención y tener mucho cuidado con los abogados que utilizan el famoso artículo 72 del Código Penal argentino, que diferencia las acciones de instancia privada de las públicas. Insisto: hoy en día, el abuso sexual infantil es claramente de instancia pública.
- **La asimetría,** como última característica, refiere a otra diferencia entre el adulto y el niño que tantas veces olvidan o tienen en cuenta insuficientemente los jueces. Porque si la considerar seriamente, jamás llevarían a una criatura a una situación de victimización, sea en un juicio o en cualquier ámbito. Incluso, la propia cámara Gesell se transforma a veces en un juicio, ya que hay defensores que han encontrado la forma de trasladar el juicio a ese recinto ideado en principio para evitar la revictimización, que ahora funciona como otra estrategia de la defensa para volver –aunque encubiertamente– al viejo sistema de interrogar niñas abusadas. Y entonces ahí los jueces tienen que estar muy atentos para no dejarse llevar por esas estrategias, donde en el nombre del derecho de defensa y tratando de establecer falsas suposiciones, se revictimiza a las criaturas y se logra, una vez más, la impunidad. El derecho de defensa es sagrado, como lo es el derecho del niño. Por cierto, la defensa no se ve afectada por el hecho de que se respeten los derechos del niño. Plantearlo en términos contradictorios es un error conceptual muy serio.

El abuso infantil es público, una cuestión de Estado, en la cual está obligado a intervenir. La Convención bien leída lleva necesariamente a esa conclusión.

Todas estas características que apenas mencioné, pues cada una de ellas merece un tratamiento pormenorizado, son primordiales a la hora de intervenir como corresponde en aquellos casos donde están involucrados los niños y niñas como víctimas. Si no, se seguirá interviniendo mal, procurando obtener respuestas lineales de una criatura que por la propia intensidad del trauma vivido no está en condiciones de dar, entonces es realmente brutal estar escuchando en juicios o incluso declaraciones en la cámara Gesell, exigencias de algo que la criatura no está en condiciones de dar.

Con respecto a las consecuencias de los abusos, no voy a nombrar ni extenderme en los diferentes tipos de daños físicos o psicológicos, sino que sólo quiero mencionar la capacidad de los niños de desarrollar y responder con mecanismos defensivos, para poder sobrevivir frente a estas situaciones de enorme trauma. En este sentido, los especialistas demostraron que muchas veces los niños se defienden *disociándose*, es decir desdoblándose en dos porque si no, no pueden levantarse a la mañana, no pueden ir al colegio ni ponerse un guardapolvo. La niña se disocia y es una la que recibe al abusador y otra la que va al colegio. Esto me impresionó durante mucho tiempo, y lo he visto en muchos juicios.

Someter a la niña a una nueva victimización implica que vuelva a disociar, no ya por el abuso en sí, sino por la situación traumática que todavía conlleva el proceso judicial en algunas partes de nuestro país, donde se puede hacer sentar a la niña frente a seis desconocidos de traje y corbata que le preguntan dónde le metieron el pito. Y como la niña se queda estática, el fiscal dice "y bueno, si no contesta qué vamos a hacer" y se absuelve. Esto es algo que no puede seguir ocurriendo en ningún sitio.

Lo que antes era prioridad para el derecho penal (y para algunos sigue siéndolo) –el esclarecimiento del hecho y la eventual sanción del responsable– hoy se modificó. Hoy, de la lectura correcta, sensible e inteligente de la Convención, surge que la prioridad es la protección del niño.

Creo que la clave para hallar una solución está en la intervención. El esfuerzo debe enfocarse en conseguir una intervención cada vez mejor. ¿Por qué hay que intervenir? En primer lugar, como dije antes, porque es una cuestión pública en la que tiene que intervenir el Estado. Históricamente, durante siglos se consideró este problema una cuestión privada, como forma de sustraerse de la responsabilidad de las aberraciones que sucedían puertas adentro. Se maltrató a los niños durante miles de años, se abusó de niños durante miles de años. Lo mismo se hizo con mujeres, personas mayores y cualquier ser humano vulnerable. Y todo eso se hacía en el nombre de la intimidad de un hogar o del grupo familiar con esa visión androcéntrica, absolutamente masculina, de quienes a lo largo de la historia hicieron las leyes, las aplicaron y quienes, en última instancia, mayoritariamente abusaron de mujeres y niños, que son los varones. Hoy todo eso cayó, de modo que quien siga actuando de esa manera es porque no lo quiere ver y tendrá sus intereses o una perversión oculta.

Áreas de intervención

Tradicionalmente y aún hoy en varios ámbitos dogmáticos del derecho, se consideran diferentes el área asistencial y el área judicial. En la práctica esto significa que los jueces y fiscales no tienen por qué asistir y mucho menos proteger a la víctima. Para eso están los otros especialistas, las trabajadoras sociales, las psicólogas, etc. que son muchas veces, también, víctimas de todo este sistema. Por fortuna la Convención del Derecho del Niño y el resto de las Convenciones sobre Derechos Humanos establecieron un nuevo paradigma en derecho penal sobre esta materia específica. Lo que antes era prioridad para el derecho penal (y para algunos sigue siéndolo) –el esclarecimiento del hecho y la eventual sanción del responsable– hoy se modificó. Hoy, de la lectura correcta, sensible e inteligente de la Convención, surge que la prioridad es la protección del niño. Ésta es la regla básica y tendría que haber un cartel en cada juzgado que lo recuerde. Porque si se protege adecuadamente, entonces sí se va a sancionar adecuadamente y se van a esclarecer los hechos. Y a la inversa, si no se protege adecuadamente, la víctima, quien nos puede dar mayor cantidad de información y de la mejor manera posible, es la que nos va a permitir, si no la silenciamos, llegar a una intervención adecuada para esclarecer el caso. Entonces terminemos con la priorización de esa cuestión dogmática. Es parte de lo que académicamente habrá que ir trabajando, como se está haciendo, para que los abogados que egresen de las facultades de Derecho no reproduzcan mecánicamente cuestiones dogmáticas tan dañinas y perjudiciales.

En efecto, hay tres consecuencias graves de numerosas intervenciones actuales que son desarticuladas.

Primero: aumenta el riesgo. Depende de la capacidad de discernimiento del magistrado entre optar por institucionalizar a la criatura o, a la inversa, separar al abusador o al violento del grupo familiar. Hay casos en los cuales el grupo completo es violento, por lo tanto hay que apartar al niño de ahí y a la inversa, hay casos en los que al que hay que alejar al violento. Discernir una cosa de otra va a depender de la capacitación, sensibilidad y formación de ese juez y, si no la tiene, esa desarticulación aumentará el riesgo para el niño. Porque no se van a tomar las decisiones correctas.

Segunda consecuencia: la revictimización. Se vuelve a victimizar a los niños y esto tiene que ver con la desarticulación, tan emparentada con la soberbia (más que con el desconocimiento). La soberbia intelectual de cada disciplina, que abarca a todas las disciplinas, ya que no hay diferencia entre la del juez que dice que la niña confiesa y la soberbia del médico que dice que no hay marcas físicas de abuso, del psicólogo que evalúa si existe trauma o no, etc. La soberbia es una sola, lo que cambia es el lenguaje.

La tercera consecuencia: la impunidad. Aumenta la posibilidad de impunidad si se trabaja desarticuladamente y esa soberbia no permite que cada profesional –sea juez, psicólogo, médico, antropólogo o sociólogo– abra su mente para compartir su saber con otras disciplinas. El trabajo en conjunto de ningún modo significa quitarle incumbencia a alguno –como temen tantos profesionales– sino que enriquece a todos. Está el juez que dice "acá el perito soy yo. Yo soy perito de peritos", algo que escuché en algunas oportunidades y que me dejó helado. Es claro que el juez que tiene esa actitud no va a escuchar lo que señalen otras disciplinas.

El pensamiento inverso

Muchísimos jueces utilizan un procedimiento de razonamiento inverso. En lugar de analizar lo que tienen delante, libres de prejuicios y de preconceptos de todo tipo y de evaluar la prueba objetivamente, tal como el sistema lo estipula, realizan la operación inversa. Primero toman la íntima decisión de lo que van a hacer, basada en su propia subjetividad, en su historia personal, en su historia sexual, en su ideología en última instancia. Luego van a seleccionar de aquellas cosas que tengan delante, las que sirvan para avalar lo que quieren decir y lo van a volcar en una sentencia que, muchas veces va a aparentar ser muy lógica y que el propio sistema se va a encargar de convalidar. Y mientras tanto, la criatura se queda mirando. Pero le pasaron dos trenes por arriba. El primero fue el abusador y el otro, el propio sistema.

En relación con la normativa, creo importante hacer una aclaración. Hoy toda la normativa constitucional argentina es extraordinaria en el sentido de que tiene la máxima jerarquía y que no deja ninguna duda. Si en la facultad de Derecho toda la carrera se circunscribiera a estudiar las Convenciones no haría falta más. Hasta se podría hacer más rápido.

Mi hija es psicóloga y estaba en un tribunal X. Yo le preguntaba ¿Y cómo es? "El juez hace una reunión una vez por semana y ahí hablamos de los casos" ¿Y cómo sigue? "Ah, bueno, el juez hace lo que quiere después". Esto es textual. Una cosa maravillosa. La Dra. Giberti tiene un artículo importantísimo en el libro *El maltrato infantil. Riesgo del compromiso profesional*. Una obra que se hizo como respuesta a un momento de mucha agresión que se vivió hace unos años, que nos causó mucha indignación y que coincidió con el famoso artículo del Dr. Cárdenas: *El abuso de la denuncia de abuso*. En el libro donde escribió la Dra. Giberti se desarrolló el *burn out*, es decir la sensación de estar incinerado por un sistema que maltrata y destruye. No hay excusa para seguir tolerando ese tipo de daños.

Muchísimos jueces utilizan un procedimiento de razonamiento inverso. En lugar de analizar lo que tienen delante, libres de prejuicios y de preconceptos de todo tipo y de evaluar la prueba objetivamente, tal como el sistema lo estipula, realizan la operación inversa. Primero toman la íntima decisión de lo que van a hacer, basada en su propia subjetividad.

Dos cuestiones finales

Cuántas veces el abogado o juez se topa con estrategias defensivas destructivas que no puede contrarrestar porque carece de capacitación específica para oponerse. En las facultades se enseña la lógica, no el absurdo. Nadie está capacitado para reaccionar cuando acompaña a una mujer con la cara destrozada a denunciar la agresión y en el mostrador del juzgado le dicen: "es una cuestión matrimonial, tiene que buscarse un abogado de divorcios". En Derecho se enseña que los jueces son *buenos*. Y algunos lo son. Pero cuando uno está frente a un juez *malo*, no sabe qué hacer; no puede volver a la facultad y decirle ¿cómo era?

Actualmente, capacitarse, prepararse adecuadamente, intervenir bien es una obligación, un compromiso ético, lo contrario es ilegal.

Además, hay que capacitarse para reaccionar frente a las defensas destructivas. ¿Qué son defensas destructivas? La argumentación de falsa denuncia, cuando en la inmensa mayoría de los casos en el mundo está comprobado que en los abusos sexuales infantiles la inmensa mayoría de las denuncias son ciertas. Además las falsas denuncias, que en algunos casos pueden existir obviamente, son fácilmente detectables.

También la de la "sugestión" de los adultos hacia los niños, para que inventen abusos inexistentes, que si bien puede existir, es poco frecuente y fácilmente detectable. Esto refiere al famoso síndrome de alineación parental, la aseveración de que determinadas mujeres les hacen un *lavado de cerebro* a sus hijos para que crean que vivieron situaciones que no vivieron y de esa forma acusen de abusador a alguien que en realidad no lo es. Esto es un engendro teórico con el único objetivo de mantener el nivel de impunidad que existe.

Para concluir. Dos obstáculos para que se intervenga respetuosamente. Uno es personal, tiene que ver con la propia cosmovisión de quien está interviniendo. La ideología de esa persona resulta de lo que ha aprendido a lo largo de toda su vida, lo que ha vivido en su experiencia, lo que aprendió en su casa, en el colegio, en el intercambio con el prójimo. La suma de eso es su ideología, es el cristal a través del cual ve la realidad e interpreta las cosas que están delante.

Por eso es tan importante. Mucho cuidado con los funcionarios que se designan. Mucho cuidado con la ideología de los funcionarios que se designan. Porque son los que después van a decir que la criatura confesó, y no es poco. Es la responsabilidad del Estado.

Cuando en el Bolsón en aquel momento yo tuve esa situación física tan terrible de lo que estaba pasando, cuando el juez le preguntaba si no le gustaba el muchacho, llegué a la conclusión de que esa nena no tenía que estar ahí y que había que hacer algo para que ella no estuviera, ni ella ni ninguna otra. Ahí surgió la necesidad de redactar esa ley que finalmente elaboré³, pero que tardé cinco años en redactar porque era imprescindible utilizar aquellas palabras que fueran interpretadas adecuadamente por los legisladores que finalmente aprobarían la ley por unanimidad. Esto significó que, hoy, el sistema tenga una norma que prohíbe interactuar con quien no se debe interactuar, por lo menos no desde esa disciplina.

Actualmente, capacitarse, prepararse adecuadamente, intervenir bien no es opcional, es una obligación, lo contrario es ilegal. Y como dice una amiga psiquiatra colombiana –la Dra. Isabel Cuadros –: "el conocimiento de este tema, capacitarse adecuadamente, para la gente que tiene el título y que estudió, es un compromiso ético".

No saber ciertas cosas de la incumbencia no es disculpa. No conocer ciertos temas no da el derecho de maltratar, no da derecho de intervenir mal. Es un compromiso ético y el que no lo tiene que se dedique a otra cosa, pero que no trabaje con niños y niñas abusadas.

3 Véase la Ley 25.852 que modificó el artículo 250 bis y el 250 ter.



CAPÍTULO

CINCO

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

LAS MANIFESTACIONES DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD



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

Fernando Díaz Cantón¹

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

Julio B. J. Maier

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

2. Sobre la importancia de los dichos de menores víctimas

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Sobre la dificultad de obtener la declaración del menor

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 Ver "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

17 "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

19 "Coy v. Iowa", cit.

20 "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25 "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

7. Oportunidad para el ejercicio del derecho a la confrontación

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Límites al derecho a la confrontación

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

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

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

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

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

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

34 "Coy v. Iowa", cit.

35 "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

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

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

36 "Coy v. Iowa", cit.

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

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

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

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

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

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

10. Necesidad de un procedimiento especial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 La regulación del fenómeno en el derecho procesal penal argentino

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12. Crítica a la regulación

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

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

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

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

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

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

13. ¿Se puede reproducir un acto irreproducible?

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

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

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

14. La función del psicólogo

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

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

15. Conclusiones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 Reeduación 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.

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".

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.

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.

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 cumplo 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 aseercción 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 óptico (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 *moneo*, 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.



CAPÍTULO

SEIS

**EXPERIENCIAS LOCALES
SOBRE LA UTILIZACIÓN DE TECNOLOGÍA PARA
LA TOMA DE DECLARACIONES: CÁMARA GESELL,
SALAS ACONDICIONADAS Y VIDEOGRABACIÓN**

EXPERIENCIAS EN EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO.



Acerca de la utilización de tecnología para la toma de declaraciones a menores víctimas o testigos en ilícitos penales a través de la cámara Gesell

Fernando Sanchez Freytes¹

1. Consideraciones generales

El proceso penal oral y público en la provincia de Río Negro registró, en el año 2006, una profunda transformación en su Código de Procedimiento Penal, a consecuencia de la incorporación de nuevos institutos, como: a) el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en delitos criminales; b) los criterios de oportunidad; c) la instrucción abreviada; d) el juicio abreviado; e) la mediación penal (bajo legislación autónoma) y f) el uso de la cámara Gesell, entre otros.

Nos interesa este último punto ya que pretendemos plasmar aquí cómo ha funcionado (*desde un comienzo*) y cómo funciona la cámara Gesell en el distrito de Río Negro.

En primer lugar, debemos señalar que la implementación de la cámara Gesell, en los casos que amerita, surge del cumplimiento de los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales que rigen la materia de menores víctimas y testigos en un proceso penal, adaptados al Derecho interno.

En un segundo aspecto, cuadra indicar que el uso de la cámara Gesell en la provincia de Río Negro está establecido y regulado en el art. 229 del CPPRN, de la siguiente manera:

"Art. 229: Cuando se trate de víctimas o de testigos de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III y IV y Título III, que a la fecha en que se requiera su comparencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, se debe seguir el siguiente procedimiento:

- a) Los menores aludidos sólo deben ser entrevistados por un psicólogo o médico psiquiatra especialistas en niños y/o adolescentes designados por el juez que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa en sede policial o por el juez, el tribunal o las partes.

¹ Juez de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca, Río Negro (fsanchez-freytes@yahoo.com.ar)

- b) El acto se debe llevar a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.
 - c) En el plazo que el juez disponga, el profesional actuante debe elevar un informe detallado con las conclusiones a las que arribe.
 - d) A pedido de parte o si el juez lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto serán seguidas desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En este caso, previo a la iniciación del acto, el juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.
 - e) Del acto mencionado en el inciso d) se dejará constancia en soporte audiovisual. A dicho soporte tendrán acceso exclusivo las partes y será exhibido como prueba siempre velando por el interés superior del menor.
- Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor debe ser acompañado por el profesional que designe el juez, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado".

2. Consideraciones particulares

Efectuadas estas apreciaciones preliminares, precisaremos las aplicaciones en el ámbito de la provincia de Río Negro:

Los menores aludidos sólo declaran ante un psicólogo o médico psiquiatra y designados por el juez de la causa. Las partes, la policía y los jueces tienen prohibido tomarles declaración.

- 1) Sólo cabe hacer uso de la cámara Gesell cuando el menor víctima o testigo participe en las siguientes figuras penales: a) delitos contra la vida; b) lesiones; c) homicidio o lesiones en riña; d) duelo; y e) delitos contra la integridad sexual.
Va de suyo, entonces, que en los restantes delitos (léase: delitos contra la propiedad, libertad, etc.) no rige el instituto del que estamos hablando, debiendo declarar el menor de la misma manera en que lo hacen los mayores de edad.
- 2) Si a la época del hecho delictivo el niño era menor de edad, pero al momento de su comparencia al acto procesal respectivo ha cumplido los 18 años de edad, el instituto mencionado tampoco se aplica.
- 3) Los menores aludidos sólo declaran ante un psicólogo o médico psiquiatra (con especialidad en la materia) y designados por el juez de la causa. Las partes, la policía y los jueces tienen prohibido tomarles declaración.
- 4) La declaración del menor se cristaliza en una sala acondicionada al efecto.
- 5) Si el caso lo amerita, el juez puede solicitar al profesional actuante un informe detallado con las conclusiones a la que arribó.
- 6) Las demás partes pueden asistir al acto de la entrevista en la cámara Gesell, pero a través de un vidrio espejado, quienes pueden presentar inquietudes (nuevas preguntas, re-preguntas, etc.) al juez, y éste se las trasladará al profesional actuante por el modo más adecuado.
- 7) El acto debe quedar materializado en un soporte audiovisual (léase: un DVD), con acceso exclusivo hacia las partes, pudiendo servir posteriormente como prueba.
- 8) Si llegase a hacer falta realizar un reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor debe continuar con el acompañamiento de dicho profesional, no pudiendo estar presente –en ningún caso– el imputado.

3. Cómo funciona en la práctica el uso de la cámara Gesell

En nuestra provincia la implementación y uso de la cámara Gesell ha sido gradual, desde el 2006. Ello en virtud de que el territorio cuenta con cuatro circunscripciones judiciales (Viedma, Gral. Roca, Cipolletti y Bariloche).

Las salas se han adecuado según las normativas del Derecho internacional e interno. Esto es, se trata de un gran espacio, dividido en dos salas y a través de un vidrio espejado. Una de ellas cuenta con un escritorio, dos sillas, una cámara de video con audio y micrófono, y un teléfono; esto sin perjuicio del material pertinente que desee llevar el profesional interviniente (p. ej., cuaderno, bolígrafo, juguetes, muñecos, etc.). La otra sala está compuesta de numerosas sillas (para la asistencia de partes), un televisor y un teléfono. Este último aparato se utiliza para los casos en que el juez quiera hacer alguna sugerencia a la profesional (p. ej., nuevas preguntas, re-preguntas, recomendaciones, etc.).

En algunos casos jurisprudenciales, los jueces de instrucción han negado la presencia del imputado en el acto, aun cuando existe ese vidrio espejado de por medio entre las dos salas. Empero, tras recurso de apelación por parte del agraviado, las Cámaras de Apelaciones han corregido tal cosa. Por lo tanto, el imputado puede asistir, con los recaudos del caso, a la diligencia respectiva (C. C. III del Crimen de Gral. Roca, 24/2/09, causa "Martínez"; sent. Nro. 48/09).

El Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia ha establecido (mediante resolución. 163/07) que los honorarios de los profesionales intervinientes se fijen en la suma de pesos \$ 200, por su labor en la audiencia respectiva, y \$ 80 por la elaboración del informe (a pedido del juez). Tales honorarios serán abonados por la Administración General del Poder Judicial, previa presentación, por parte del profesional actuante, de certificación de su intervención expedida por el organismo requirente y la correspondiente factura.

La lista de profesionales actuantes surge de la elaborada por la Superintendencia General de cada circunscripción.

En materia de recurso de casación, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha generado el siguiente criterio (que por imperio de la Ley Orgánica, sus decisiones son vinculantes para los tribunales inferiores): la declaración del menor por medio de cámara Gesell "es un medio de prueba definitivo e irreproducible, por lo tanto, la misma puede ingresar directamente al debate oral mediante la constancia de su recepción, la grabación en DVD y el informe de la diligencia respectiva" (fuente: www.jusrionegro.gov.ar). De este fallo se deduce que el mentado menor sólo puede declarar *una sola vez* durante el desarrollo del proceso penal, y sólo por medio del sistema de la cámara Gesell, por lo que resulta imperioso que el organismo judicial pertinente efectivice las notificaciones previas hacia las partes sobre su instrumentación, tendiente a evitar futuros planteos de nulidad.

El menor sólo puede declarar *una sola vez* durante el desarrollo del proceso penal, y sólo por medio del sistema de la cámara Gesell, por lo que resulta imperioso que el organismo judicial pertinente efectivice las notificaciones previas hacia las partes sobre su instrumentación, tendiente a evitar futuros planteos de nulidad.

4. Planteos de inconstitucionalidad

A lo largo y ancho del país se han conocido casos sobre planteos de inconstitucionalidad acerca de la utilización de la cámara Gesell en las hipótesis que hemos aludido, ya sea por dis-

crimación, derecho a ser oído, al quiebre de la tutela judicial, violación a las garantías de defensa en juicio, el debido proceso, a la igualdad ante la ley, etc. Empero, todas esas pretensiones han sido rechazadas por diferentes órganos judiciales (sea de primera instancia, de segunda, etc.) bajo el argumento de que, en definitiva, todas las partes (incluso el juez) tienen la posibilidad, durante el desarrollo de la diligencia, de ejercer su derecho de control sobre la eficacia de ésta, de preguntar, repreguntar, etcétera.

Pese a las objeciones de inconstitucionalidad que se hace sobre la utilización de la cámara Gesell, consideramos que su uso, en los casos contemplados, resulta beneficioso, en razón de que los menores (sean víctimas o testigos) no revisten idénticas condiciones a las de un adulto; para aquéllos hay consecuencias psicológicas adversas.

5. Consideraciones finales

Pese a las objeciones de inconstitucionalidad (o de dudosa constitucionalidad) que se hace sobre la utilización de la cámara Gesell, consideramos que su uso, en los casos contemplados, resulta beneficioso, en razón de que los menores (sean víctimas o testigos) no revisten idénticas condiciones a las de un adulto; para aquéllos hay consecuencias psicológicas adversas.

Es cierto que depende del caso, del hecho delictivo, de las características del menor, etc., pero también es cierto que con el anterior sistema un menor declaraba al menos tres veces a lo largo de un proceso. Asimismo, en varias ocasiones se da el caso de que la menor es víctima de un abuso sexual violento, y qué mejor que declare ante un especialista en el tema, y no que lo haga en una sala donde hay tres jueces, un fiscal, un asesor de menores, un defensor y el imputado, los cuales resultan ser todos varones.

En síntesis, estamos a favor de la cámara Gesell. Claro que, como todas las cosas, ésta puede modificarse, sea para mejorar la situación del niño, del imputado, etc., pero se trata de un gran paso, a no dudarlo.

ABORDAJE PSICOLÓGICO FORENSE

de niños/as y adolescentes en
cámara Gesell y salas acondicionadas

Norma Griselda Miotto¹

1. Introducción

El abordaje del tema exige, desde mi posicionamiento como perito psicóloga de la justicia nacional, tomar como punto de partida a efectos de la contextualización de este trabajo, la ley 25.852, arts. 250 bis y 250 ter, del Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación de la República Argentina, por modificación sancionada el 4 de diciembre de 2003 y promulgada el 6 de enero de 2004, en la que se establece:

"Artículo 1: incorpórase al libro II, título III, capítulo IV del Código Procesal Penal de la Nación, el artículo 250 bis, el que quedará redactado en lo siguientes términos: cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III (lesiones y delitos contra la integridad sexual), que a la fecha en que se requiera su comparencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogado en forma directa por dicho tribunal o las partes.
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que se arriban.
- d) A pedido de parte, o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

¹ Perito Psicóloga,
Coordinadora del
Departamento de
Psicología del Cuerpo
Médico Forense de la
Justicia Nacional.

Artículo 2: incorpórese al libro II, título III, capítulo IV del Código Procesal Penal de la Nación, el artículo 250 ter, el que quedará redactado en los siguientes términos:

Cuando se trata de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis..."

Es importante dejar sentado que de acuerdo a los lineamientos de los códigos procesales penales provinciales, el abordaje puede o no estar a cargo de profesionales psicólogos, priorizándose en líneas generales su supervisión.

Este tipo de actitudes invasivas e intrusivas trae aparejado en el caso de las víctimas concretas el incremento de las vivencias traumáticas por procedimientos reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala, con las connotaciones propias de cada caso.

El objetivo fundamental ha sido y es preservar a los niños, niñas y adolescentes (NNA) de una posible revictimización institucional luego de la develación de hechos que han afectado su integridad somatopsíquica, ya sea por maltrato y/o abuso sexual. No obstante, debido a la existencia contrapuesta de intereses entre las partes involucradas en los litigios judiciales, no se ha logrado aún evitar la reiteración de sucesivas declaraciones y repeticiones, aun luego de muchos años de iniciado el proceso judicial.

Creo que lo que se debe comprender desde la primera aproximación al caso es que se deben preservar tanto los derechos de la víctima como los del imputado, dando cabida a la posibilidad de que quede resguardada la legítima defensa en juicio sin que ello vaya en desmedro de la salud integral del afectado, por lo que se debe notificar adecuadamente a todos los actores, y preservar la video filmación para evitar la reiteración del acto.

En la actualidad, con frecuencia se observa cómo en la instancia oral se reitera el uso de la cámara Gesell o de la transmisión de imagen diferida, en salvaguarda de la inmediatez del contacto con la presunta víctima, aun cuando hayan transcurrido varios años desde el inicio de la acción judicial. Este tipo de actitudes invasivas e intrusivas trae aparejado en el caso de las víctimas concretas el incremento de las vivencias traumáticas por procedimientos reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala, con las connotaciones propias de cada caso.

Mención especial merece la necesaria capacitación del profesional a cargo de la entrevista, quien debe tener específicos conocimientos acerca de la psicología del testimonio, de lo esperable en las diferentes etapas evolutivas, así como también del adecuado manejo de las hipótesis de trabajo frente al caso en estudio y naturalmente de las alternativas posibles.

A continuación efectuaré una breve síntesis de los conceptos fundamentales a tener en cuenta.

2. Psicología del testimonio. Victimización infantil y adolescente

Testimonio: aporte narrativo de la información que acerca de determinado suceso conoce una persona porque ha observado o ha participado directamente en él.

Psicología del testimonio: línea de investigación dirigida al estudio de los procesos implicados en la diferencia entre realidad percibida, inoculada o imaginada.

Con respecto al complejo proceso de adquisición, retención y recuerdo, podemos definir:

Adquisición: incluye percepción y codificación del suceso original (proceso de clasificación de la información, con el fin de organizarla de una manera más significativa), así como la transferencia de la información de la memoria inmediata a la memoria a largo plazo.

Retención: vinculada al tiempo transcurrido entre la observación o la experimentación del suceso y el recuerdo posterior.

Factores que influyen en la inexactitud posterior:

- a) El intervalo de la retención. Olvido normal más rápido después de la adquisición, volviéndose luego más lento.
- b) La información post suceso con el agregado de nuevos elementos aportados por terceros.

Recuerdo: implica la recuperación de la información almacenada en la memoria, no como réplica exacta, por verse afectada por las características del hecho (violencia, estrés, etc.).

3. Etapas del desarrollo de la niñez y memoria (Jean Piaget)

Las teorías cognitivas se focalizan en el estudio de la estructura y el desarrollo de los procesos del pensamiento, y en especial cómo ello afecta a la comprensión individual sobre el entorno.

Dentro de ese esquema conceptual, partiendo de los lineamientos de Jean Piaget, se considera que la fuerza impulsiva de toda acción es de naturaleza afectiva (necesidad y satisfacción), mientras su estructura es de naturaleza cognoscitiva (esquema como organización sensoriomotriz).

Para Piaget, el objeto es el resultado de la experiencia sensoriomotora acumulativa, y la permanencia del objeto va enteramente unida a la experiencia, específicamente la acción motora que permite la acumulación de elementos ontogénicos en la psique, en forma de memoria.

Según el autor, los seres humanos tenemos una profunda necesidad de equilibrio, es decir, de armonía mental que se logra cuando los esquemas concuerdan con las experiencias reales de las personas. Los *esquemas* son las formas de pensar e interactuar con las ideas y los objetos del entorno. Puede llegar a ocurrir que dichos esquemas no concuerden con las experiencias, emergiendo entonces los desequilibrios, las crisis, la confusión. La superación de esa desestabilización se logra mediante la modificación de esquemas con sustitución o corrección de los viejos por los nuevos.

La evolución cognitiva implica dos procesos:

- *La organización:* supone organizar las ideas que se van asimilando para que tengan sentido.
- *La adaptación:* consiste en adaptar las ideas para dar cabida a nuevas formas de pensar. Ello se logra mediante dos mecanismos que funcionan conjuntamente:
 - a) la asimilación o incorporación de nuevas ideas al esquema actual;
 - b) la acomodación o proceso por el que la nueva información queda integrada en la estructura cognitiva o intelectual.

Piaget establece los siguientes períodos del desarrollo evolutivo:

Recuerdo: implica la recuperación de la información almacenada en la memoria, no como réplica exacta, por verse afectada por las características del hecho (violencia, estrés, etc.).

- **Período sensoriomotriz (0 a 2 años):** desde el nacimiento hasta la adquisición del lenguaje. Posibilidad de que los lactantes recuerden efectos de sus acciones motoras, sonidos y datos sensoriales. Sin embargo, no pueden operar la recuperación de datos en un contexto diferente al que se han generado inicialmente. La falta de función simbólica impide ligar representaciones que permitan evocar objetos, sujetos o situaciones ausentes en el presente.
- **Período preoperacional (3 a 6 años):** pueden hacer uso de la función simbólica al pensar en objetos, personas o sucesos, no presentes, mediante representaciones mentales de éstos. La función simbólica se expresa de las siguientes maneras:
 - a) Imitación diferida.
 - b) Juego simbólico.
 - c) Lenguaje: que posibilita la comunicación verbal o gestual de acontecimientos no actuales.
- **Período de operaciones concretas (desde los 7 u 8 años hasta los 11 o 12 años):** el niño puede reconstruir en el plano de la representación lo que ya estaba adquirido en el de la acción, usando símbolos (representaciones mentales), para la realización de operaciones (actividades mentales), a diferencia de las actividades físicas que fueron la base del pensamiento anterior. Se distingue:
 - a) el carácter concreto de las operaciones intelectuales.
 - b) la constitución de un sistema de valores relativamente fijos (reglas de juego, códigos aceptados, etc.).
- **Período de operaciones lógicas formales (de 12 años en adelante):** el pensamiento opera su construcción racional según modelos ideoverbales (abstracciones y operaciones lógicas). Se constituye una logística axiomática (razón) regida por las reglas del pensamiento constructivo y discursivo.

El niño es víctima de abuso pero debido a la corta edad y déficit cognitivos no tiene las habilidades necesarias para describir el abuso en forma creíble.

Ítems a considerar en la etapa previa a concretar la entrevista en cámara Gesell o ámbito sustitutivo

Hipótesis de trabajo frente al caso en estudio (lista de Raskin y Esplin)

A. Hipótesis principal: las alegaciones contra el acusado son válidas.

B. Hipótesis alternativas:

- Las alegaciones son válidas, pero se ha sustituido al culpable por otro.
- Las alegaciones fundamentales son válidas, pero el niño, ya sea por propia iniciativa o por la influencia de terceros, ha inventado alegaciones adicionales que son falsas.
- Alegación falsa por incidencia de terceros para servir a otros intereses.
- Alegación falsa por motivos personales o venganza, para obtención de algún beneficio o para ayudar a otra persona por propia voluntad.
- El niño ha fantaseado las alegaciones posiblemente debido a problemas de índole psicológica.

B.1 Hipótesis alternativas (Sachsenmaier y Watson, según Kuehnle)

El niño es víctima de abuso pero:

- Debido a la corta edad y déficit cognitivos no tiene las habilidades necesarias para describir el abuso en forma creíble.

- Tiene miedo de descubrir el abuso, así que no lo revela.
- Debido a su lealtad con el ofensor no lo implicará.

El niño no es víctima de abuso pero:

- Ha malinterpretado una interacción inocente como abuso sexual y la revela.
- Una figura de autoridad ha contaminado su pensamiento sin darse cuenta.
- Ha sido manipulado por una figura de autoridad para que crea que ha sido abusado.
- Acusa a sabiendas falsamente a alguien de haberlo abusado sexualmente, debido a las presiones de personas que sí lo creen.
- Acusa a sabiendas falsamente a alguien de haberlo abusado sexualmente debido a motivos personales o para vengarse.

5. La entrevista

5.1 Preparación preliminar a la entrevista

Antes de comenzar la entrevista el entrevistador debe recabar la siguiente información:

- Los hechos que motivan la investigación judicial.
- Los informes que ofrezcan datos sobre el desarrollo emocional, lingüístico y cognitivo del niño (procedentes de contextos escolares, pediátricos o terapéuticos). No obstante ello deberá efectuar una aproximación diagnóstica al comenzar el proceso integral.
- Lo aportado por los adultos significativos y próximos, especialmente al tratarse de niños pequeños.

El entrevistador se debe ajustar al nivel del niño al formular las preguntas, que en principio deben atenderse a hechos gratificantes para él, o situaciones cotidianas.

5.2. Síntesis de los puntos de interés para la investigación judicial que deben ser considerados durante la entrevista

- Relato detallado de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos por los cuales se ha sustanciado la acción judicial.
- *Modus operandi* llevado a cabo por el presunto agresor.
- Existencia de intimidación verbal, física y/o a través de la exhibición de algún objeto vulnerante.
- Datos filiatorios del autor en caso de ser conocido por la presunta víctima.
- Existencia de testigos y datos acerca de éstos.
- Experiencias previas o posteriores similares a la investigada.
- Comentarios efectuados por la presunta víctima a terceros.

5.3. Entrevista psicológica forense

- Establecimiento de un clima relacional positivo (*rapport*). Durante esta fase se debe evaluar el nivel del desarrollo cognitivo y lingüístico del niño (complejidad de palabras, frases y construcciones gramaticales, riqueza de vocabulario, etc.). El entrevistador se debe ajustar al nivel del niño al formular las preguntas, que en principio deben atenderse a hechos gratificantes para él, o situaciones cotidianas, configuración hogareña, mascotas, escuela, etcétera.
- Comenzar con preguntas lo más abiertas posibles evitando dar al niño información que pueda indicar la respuesta. El objetivo se centra en una narración lo más libre posible.
- Finalizado el relato, preguntar si hay algo más que quiera contar.
- Los datos sin esclarecer o las contradicciones en el relato deben ser abordados desde preguntas lo más abiertas posibles.

Hay que tener en cuenta que la entrevista:

- No es terapéutica.
 - No debe ser realizada necesariamente por un terapeuta.
 - Debe actuar un entrevistador adecuadamente entrenado.
 - No debe haber ninguna relación preexistente entre el niño y el entrevistador.
- Establecimiento de un clima relacional positivo (*rapport*).
 - Invitaciones: preguntas para que el niño realice una narración libre.
 - Preguntas focalizadas: aluden a un episodio concreto.
 - Preguntas directas: hechos específicos dentro de un episodio concreto.
 - Preguntas para el contraste de hipótesis: sólo utilizables si no se dan los criterios para sustentar la hipótesis principal.
 - Preguntas sugerentes: sólo se usan si hay indicadores de que el niño ha sido sugestionado durante la entrevista o si hay otra información que sugiere que ha sido influenciado por terceros.
 - Cierre de la entrevista: agradeciendo la colaboración.

6. Estructuración de la entrevista de acuerdo a los ciclos evolutivos cursados

Cabe recordar también que los niños menores de 4 -5 años no siempre podrán ser entrevistados. Todo dependerá de su desarrollo emocional y del manejo del lenguaje.

6.1. Consignas generales

Los niños menores de 4 -5 años no siempre podrán ser entrevistados. Todo dependerá de su desarrollo emocional y del manejo del lenguaje.

- Preposiciones: identificación del manejo del niño en cuanto a conceptos (arriba, abajo, adelante, atrás); se define a partir de la ubicación de objetos en relación con otros.
- Verdad/no verdad: indagar el nivel del entendimiento del concepto.
- Identificación de cantidad: estimación de la capacidad del niño para poder determinar la cantidad de veces a la que se habría visto expuesto a maniobras abusivas.
- Temporalidad: reconocimiento del antes y del después.
- Partes del cuerpo: reconocimiento de las partes del cuerpo en el lenguaje infantil utilizado por ese niño específicamente.
- Rutina diaria: relato de un día normal en la vida del entrevistado.
- Fantasías respecto de la evaluación: investigar cuál es la noción que el entrevistado tiene de la entrevista y del proceso en general. De ignorarlo se le expresará que su presencia se debe a la necesidad de conocer en profundidad "algo que habría sucedido que lo hizo sentir incómodo".
- Relato exhaustivo: acerca de lo realizado durante un día desde que se levantó hasta que se acostó con todo detalle; explicándole la importancia que tiene su relato respecto de la cuestión de fondo.
- Consigna final: se focaliza en el relato de los hechos evitando todo tipo de inducción.

7. Análisis posterior del relato

7.1. Evaluación de la credibilidad del testimonio mediante el CBCA (Steller y Köhnken)

Estimo importante señalar que Statement Validity Analysis (análisis de la validez del testimonio), Statement Reality Analysis (análisis de la realidad del testimonio) y Criteria Based

Content Analysis (análisis de contenidos basados en criterios) son traducciones de términos germanos que denominan un método más o menos sistematizado para la inferencia de la credibilidad de un testimonio a través de su análisis cualitativo.

Garrido, E. y Masip, J. (1998) estiman que el CBCA (Criteria Based Statement Analysis), cuya fundamentación teórica remite a Undeutsch, es el elemento central del SVA (Statement Validity Assessment), y consiste en un instrumento cuyo objetivo es evaluar la credibilidad de los testimonios de niños/as víctimas de abuso sexual. La reformulación de Steller y Köhnken (1989) dio lugar al CBCA propiamente dicho, luego actualizada por el Prof. Max Steller (2000, Berlín), en su presentación ante el Instituto de Ciencias Forenses, Universidad Istanbul.

La teoría cognitiva de la mendacidad constituye la hipótesis básica del CBCA. Fue el Prof. Undeutsch quien primero formuló explícitamente la hipótesis sobre una diferencia cualitativa entre los testimonios basados sobre hechos reales (experimentados) y los testimonios basados en hechos imaginados (producto de la fantasía).

El criterio de realidad refleja los aspectos en los que difieren.

Fue el Prof. Undeutsch quien primero formuló explícitamente la hipótesis sobre una diferencia cualitativa entre los testimonios basados sobre hechos reales (experimentados) y los testimonios basados en hechos imaginados (producto de la fantasía).

7.2. Características generales

- Estructura lógica.
- Elaboración inestructurada.
- Cantidad de detalles.

7.3. Contenidos específicos

- Engranaje contextual.
- Descripción de interacciones.
- Reproducción de conversaciones.
- Complicaciones inesperadas durante el incidente.

7.4. Peculiaridades del contenido

- Detalles inusuales.
- Detalles superfluos.
- Detalles relatados con precisión que se malinterpretan.
- Asociaciones externas relacionadas.
- Alusiones al estado mental subjetivo.
- Correcciones espontáneas.
- Atribuciones al estado mental del perpetrador.

7.5. Contenidos relativos a la motivación

- Detalles espontáneos.
- Admisión de falta de memoria.
- Planteo de dudas sobre el propio testimonio.
- Autodepreciación.
- Excusar al perpetrador.

7.6. Elementos específicos de la ofensa

- Detalles característicos de la ofensa.

8. Lista de validez del testimonio (Steller)

8.1. Factores relacionados con la declaración

A. Características psicológicas

- Limitaciones cognitivo-emocionales.
- Lenguaje y conocimiento.
- Emociones durante la entrevista.
- Sugestionabilidad.

B. Características de la entrevista

- Procedimientos de la entrevista.
- Influencia sobre los contenidos de las declaraciones.

C. Cuestiones investigativas

- Falta de realismo (inconsistencia con las leyes de la naturaleza).
- Declaraciones inconsistentes.
- Evidencia contradictoria.
- Características de la ofensa.

El desarrollo precedente constituye la primera fase del abordaje de NNA víctimas de maltrato integral, debiendo proseguir el estudio psicológico forense de carácter pericial con la administración de técnicas psicodiagnósticas adecuadas al caso en estudio

9. Consideraciones finales

Estimo importante destacar que el desarrollo precedente constituye la primera fase del abordaje de NNA víctimas de maltrato integral, debiendo proseguir el estudio psicológico forense de carácter pericial con la administración de técnicas psicodiagnósticas adecuadas al caso en estudio, a efectos de una adecuada profundización en la problemática del examinado y la posible delimitación de los efectos dañosos producidos por el acto abusivo.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Escuchar o silenciar

Mariela A. González de Vicel¹

Mi agradecimiento a Oliverio, que prestó su bella imagen

La experiencia que deseo transmitir es incipiente en cuanto a la implementación de las nuevas técnicas provistas a partir del Convenio celebrado entre UNICEF y JUFEJUS, aunque no es posible realizar idéntica afirmación respecto de las entrevistas realizadas a niños, niñas y adolescentes (NNA) a lo largo del tiempo en que me desempeño trabajando en temáticas jurídicas vinculadas con ellos.

1. Un poco de la historia

Los juzgados de familia de la provincia de Chubut nacieron a la vida jurídica a partir del año 1997, y fueron provistos de tecnología suficiente para recibir las declaraciones de niños o niñas (en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Así, por ejemplo, se acondicionaron cámaras Gesell en los tres juzgados de familia situados en las ciudades más importantes de la provincia (Comodoro Rivadavia, Trelew, Puerto Madryn y Esquel).

En razón de la oralidad de los procedimientos de familia, la recepción de la prueba se lleva a cabo en audiencias de vista de causa, donde se concentra la producción de las medidas probatorias y que se registran mediante sistemas de videograbación o videocasetes.

En Derecho de Familia, se cuida que la intervención de los niños en los procesos no los perjudique y por ello se acepta la participación de otros profesionales que coadyuven a este objetivo. La participación interdisciplinaria, que comenzó siendo imperativa para el fuero de familia (art. 82 de la Ley III-Civil-21 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, antes 4347) actualmente ha extendido su aplicación al sistema penal, en el que se escucha a los sujetos menores de edad víctimas de delito son en calidad de testigos en salas acondicionadas al efecto (cámara Gesell) para evitar –en la medida de lo posible– la revictimización.

2. Normas vigentes en sede penal. La jurisprudencia de Chubut

En la actualidad, la ley XV-9 (antes ley 5478, Código Procesal Penal) dispone en su art. 193. "Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de menores de dieciséis años y

¹ Jueza de Familia de Esquel, Chubut.

de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa. En estos casos se procurará obtener grabación o video-filmación íntegras del testimonio para su exhibición en el debate. El juez podrá disponer lo necesario para que la recepción del testimonio se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por parte del imputado y su defensor. En lo posible, se realizará la diligencia mediante un adecuado protocolo, con intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Se procurará la asistencia de familiares del testigo".

Debe considerarse que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal y al juez lesiona gravemente su libertad de expresión.

Así como a nadie se le ocurre que, para llegar a la verdad en una discusión por el ejercicio de la custodia de un hijo habría que preguntarle delante de su padre o su madre, para garantizar su derecho a ser oído: "¿con cuál de ambos quisieras vivir?", tampoco parece razonable preguntarle "¿Es cierto que te pega?, ¿dónde?, ¿con qué?" en presencia del victimario. Con más razón, debe considerarse que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal y al juez lesiona gravemente su libertad de expresión.

Además, resulta de aplicación lo establecido en el art. 279 del mismo cuerpo legal, norma que establece la procedencia del Anticipo Jurisdiccional de Prueba para los actos definitivos e irreproducibles, ya sea que se trate de una declaración que por obstáculos difíciles de superar fuere probable que no pueda recibirse en juicio, por la complejidad del asunto el testigo olvidare las circunstancias esenciales, o en caso de imputado prófugo, incapaz o temor en la conservación de la prueba. Si el juez ordena la realización de la prueba, lo es con citación de todas las partes.

En la práctica tribunalicia de la provincia de Chubut, la declaración de la víctima menor de edad se toma en cámara Gesell, cuando los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (oficina dependiente del Ministerio Público Fiscal, leyes provinciales 5057 y 4031) comunican que el niño está en condiciones de declarar.

El Supremo Tribunal de Justicia de Chubut tuvo ocasión de dictaminar: "Fue acertada la decisión del tribunal de no citar nuevamente a la niña, que ya había declarado mediante la cámara Gesell, evitando así su victimización con respecto al proceso. Con razón, se ha considerado que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal o al juez lesiona gravemente su libertad de expresión. Con respecto a ello, Carlos Rozanski afirmó que "cuando se obliga a un niño abusado a sentarse ante un tribunal, se lo está silenciando y, de tal modo, se violan sus derechos elementales; concretamente, su derecho a ser oído". (Privilegios del niño en el proceso penal: la cámara Gesell, por Fabián Gustavo Gatti; Diario "Río Negro", 31 de octubre de 2005). Del voto del Dr. Alejandro Panizzi en autos "López, Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L."(expte. 20.402 - L - 2006).

Normas que rigen en los juzgados de familia

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) establece que "... 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño... 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional..."

A nivel provincial, rige el art. 14 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (antes ley 4347) que establece: "El Estado asegurará el derecho de los niños y de los adolescentes a la libertad y a la integridad biopsicosocial, preservando la imagen, la identidad, la autonomía de valores, ideas o creencias, los espacios y objetos personales, no pudiendo ser privados de los mismos sin el debido proceso legal. *El Estado garantizará el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte*" (El destacado es nuestro).

Por su parte, el art. 16, reconociendo y describiendo el derecho a la libertad, señala que éste comprende: "...b) Informarse, opinar y expresarse (...) e) Participar en la vida familiar sin discriminación (...) g) Buscar refugio, auxilio y orientación".

Antes de ellos, el art. 3 reconoce que "los niños y adolescentes gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona (...) asegurándoles todas las oportunidades para el desarrollo (...) en condiciones de libertad y dignidad"; mientras que el art. 4 establece la garantía de prioridad para asegurar la realización de sus derechos, entre los que enumera la dignidad, el respeto y la libertad, y el respeto por su personalidad. Y a su vez, el art. 8 señala: "En la interpretación de esta ley se tendrá en cuenta la condición de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, los derechos y deberes individuales y colectivos, las exigencias del bien común y los fines sociales a los que ella se dirige. Los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba".

Más específicamente, el art. 23 dispone: "Es deber de la familia, la sociedad y el Estado velar por la dignidad de los niños y de los adolescentes, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, vejatorio, humillante o intimidatorio".

Bajo esta norma, cualquier declaración prestada en sede judicial sin la presencia del victimario tiene suficiente respaldo legal. Sin perjuicio de ello, tanto en sede civil como en penal, rigen las garantías consagradas en la primera parte de la ley de protección integral.

Art. 84: "A todo menor de edad convocado por un órgano judicial en calidad de víctima o testigo, deberá garantizársele el pleno respeto de los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y demás miembros del organismo;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado para sí y sus padres, tutor o guardador al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de su integridad psicofísica y moral, y la de su familia;
- d) A ser informado sobre la naturaleza y resultado del acto procesal en el que participa;
- e) Al acompañamiento, durante la sustanciación del acto, de sus padres, tutor, guardador, persona de su confianza o de algún miembro del Equipo Técnico Interdisciplinario, si el menor de edad así lo solicitare o se considerase conveniente, a menos que ello perjudique el curso de la investigación o el normal desenvolvimiento del acto.

Art. 85: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, el menor de edad víctima de delito, y sus padres, tutor o guardador, tendrán derecho:

- a) A ser informados por la oficina correspondiente acerca de los derechos que les asisten, especialmente el de ejercer las acciones civiles pertinentes;
- b) A ser informados sobre el estado de la causa y la situación del imputado;
- c) A recibir orientación por parte del Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero.

Cualquier declaración prestada en sede judicial sin la presencia del victimario tiene suficiente respaldo legal.

Art. 86: "Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por la autoridad competente al momento de la primera presentación de la víctima o del testigo".

Cabe recordar que el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta como pauta orientadora no significa que, por sí misma, la perspectiva del niño, la niña o el adolescente sea vinculante y dirimente para el juez, a tal punto de someter al magistrado a resolver sobre sus favoritismos (el de los hijos). Por otra parte, será el juez contemplando el interés superior del niño, quien decidirá sopesando toda la información recogida y valorando la prueba producida.

No hay norma escrita, ni siquiera jurisprudencia lineal sobre cómo hacer las entrevistas o exploraciones del deseo de los niños en sede civil. Cada situación merece un posicionamiento exclusivo, cada niño un abordaje adecuado, y cada entrevista será diferente según las circunstancias del caso.

En opinión de la suscripta, la inmediatez exigida por el art. 12 de la CDN (y 3º y 27 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia –antes ley 4347–) se cumple cuando el juez toma contacto directo con el niño, ya sea solo o en presencia de los auxiliares que el magistrado disponga y conforme las circunstancias de la causa, edad, madurez y desarrollo. A fin de cumplir con la legalidad sustancial exigida por el art. 59 del Código Civil de la República Argentina resulta requisito la presencia en la entrevista del Ministerio Pupilar.

"Si compartimos que el nuevo paradigma de protección integral de derechos importa que, por ejemplo, en el seno de las familias se produzca lo que se ha llamado la "democratización" de las relaciones familiares, la exigencia ineludible de un profesional de la interdisciplina importaría que todo progenitor debería mediatizar el diálogo con sus hijos a través de un psicólogo; que los directores o maestros/maestras de los establecimientos escolares recurrirían a un profesional preferentemente "psi" para interpretar la opinión de los alumnos ante determinados temas; que un médico que trabaje el consentimiento informado de su paciente menor de edad (aun en presencia de los padres) debería ineludiblemente hacerlo con un psicólogo; y así podría seguir ejemplificando." ("G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario", expte. 746, Fº 136, Año 2008, Letra "G", Juzgado de Familia Nº 1 de Esquel, firme).

El niño sabe que sus padres son responsables por él, que deben guiarlo; al mismo tiempo, deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva determina una mayor participación en la toma de decisiones que lo involucran. En esa dinámica, la opinión del niño es un elemento más a tener en cuenta, siempre que no implique contradecir las responsabilidades y derechos que les corresponden a los adultos como padres, que no son otros que proveer lo necesario para su crecimiento apropiado (arts. 5º y 12.1, CDN, en Beloff, Mary, *Construyendo pequeñas democracias*, www.cels.arg.ar).

"Como bien lo señala Kemelmajer: "el juez suficientemente capacitado debe desentrañar la voluntad real del menor". Es resorte de quien resuelve recurrir –de estimarlo pertinente– a los profesionales "psi" al mantener las entrevistas con los niños". ("G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario", expte. 746, Fº 136, Año 2008, Letra "G", Juzgado de Familia Nº 1 de Esquel, firme).

No hay norma escrita, ni siquiera jurisprudencia lineal sobre cómo hacer las entrevistas o exploraciones del deseo de los niños en sede civil. Cada situación merece un posicionamiento exclusivo, cada niño un abordaje adecuado, y cada entrevista será diferente según las circunstancias del caso. Lo relevante es poder identificar cómo se encuentran los niños ante el conflicto, informarlos de sus derechos, minimizar los efectos negativos de la exploración a través de preguntas indirectas, entrevistas reservadas, preservando su libertad de expresión, considerando que aturde a los niños el mero hecho de comparecer a los tribunales y deben minimizarse los efectos de la crisis que atraviesa la familia y la lleva al sistema judicial".

Los equipos técnicos deberán, articuladamente con el/la juez/a, sugerir la modalidad de la entrevista, indicar la etapa evolutiva transitada por el sujeto menor de edad, señalar el lenguaje apropiado. Será el juez entrenado, en presencia del Ministerio Público, quien en definitiva guiará la entrevista. Y, si lo estima necesario, por las condiciones del caso, dispondrá que la entrevista sea orientada por profesionales psicólogos. En estos supuestos, bajo la supervisión de los técnicos del derecho mediante la utilización del sistema de circuito cerrado de televisión o cámara Gesell, en su caso.

En ningún supuesto la entrevista con los niños debería constituir "prueba" en sentido técnico, de modo que el principio general en materia civil, a mi juicio, es la no registración de la audiencia con el niño, niña o adolescente. De ese modo se preserva su libertad y dignidad. Y en función de las reglas del Interés Superior del Niño, no podrá invocarse el derecho de defensa como argumento para una postura diferente, pues en su caso, son los derechos del niño, niña o adolescente los que deberán priorizarse.

No obstante, considero que rigen las reglas del consentimiento informado, de modo que tratándose de personas mayores de 14 años, que cuentan con discernimiento, a pedido del juzgador podría autorizar que la audiencia personal sea monitoreada e incluso registrada técnicamente.

3.1. Violencia familiar – Ley XV-12 (2009)

Recientemente se ha dictado una nueva ley de violencia familiar en Chubut, que define los tipos de violencia (física, psicológica o emocional, sexual y económica, conforme al art. 4), estableciendo el procedimiento especial bajo cuyas reglas se dictarán las medidas de protección.

En tal sentido, y relacionado con el tema que convoca esta obra, establece el art. 8: "Recibida la presentación el Juez/a requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por profesionales especializados de diversas disciplinas pertenecientes a los equipos técnicos del Juzgado de Familia para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. El diagnóstico evacuado no tendrá carácter de pericia en los términos de los Artículos 461 a 482 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chubut, por lo que no se encuentra sujeto a las normas que rigen este tipo de prueba.

Para el caso de localidades del interior, dichos informes podrán suplirse por personal municipal del área de acción social y/o de salud".

Por su parte, el art. 20 dispone las normas supletorias, y así: "En todo lo que no esté previsto en la presente Ley, serán de aplicación subsidiaria la Ley III - N° 21 (Antes Ley N° 4347), el Código Procesal Civil y Comercial, el Código Procesal Penal y el Código Contravencional".

Es decir que en ocasión de que un niño o niña ejerza su derecho a ser oído durante un procedimiento de abordaje de una situación de violencia familiar, deben respetarse todos los derechos antes señalados.

Es recomendable entonces que su declaración sea recibida por miembros del equipo técnico interdisciplinario, mediante la utilización de las tecnologías descriptas (video grabación). Con ello se contará con otro elemento para la adopción de la medida más adecuada de las previstas por la normativa (art. 9: exclusión del hogar, prohibición de acceso a la vivienda o acercamiento,

Será el juez entrenado, en presencia del Ministerio Público, quien en definitiva guiará la entrevista. Y, si lo estima necesario, por las condiciones del caso, dispondrá que la entrevista sea orientada por profesionales psicólogos.

Esa declaración, por otra parte, podría resultar de utilidad para la investigación de la comisión del delito de lesiones agravadas por el vínculo, en el supuesto en que la comunicación de violencia –física– ingrese al sistema judicial por la vía del juzgado de familia. En tal caso, los recaudos del entrevistador debieran ser los mismos que se toman para el supuesto de declaración del niño o niña en calidad de testigo o víctima en sede penal.

reintegro, custodia, alimentos, derecho de comunicación, ingreso a casa refugio o lugar alternativo a cargo del Poder Ejecutivo, sanción pecuniaria, embargo u otras medidas patrimoniales, terapia psicológica, inclusión en programas especializados, secuestro de armas, etc.). Pero, además, y para el supuesto de apelación de la medida cautelar, el tribunal revisor podrá contar con la palabra del niño o niña, y también en esa instancia puede considerarse ejercido el derecho a ser oído con el relato efectuado ante el profesional, evitando una nueva comparecencia.

No obstante, la norma del art. 130 de la Ley de Protección Integral señala como deber de la Cámara el tomar conocimiento personal del grupo humano involucrado. Esa declaración, por otra parte, podría resultar de utilidad para la investigación de la comisión del delito de lesiones agravadas por el vínculo, en el supuesto en que la comunicación de violencia –física– ingrese al sistema judicial por la vía del juzgado de familia. En tal caso, los recaudos del entrevistador debieran ser los mismos que se toman para el supuesto de declaración del niño o niña en calidad de testigo o víctima en sede penal. Cabe resaltar, además, que la normativa prevé varias vertientes de acceso al sistema protectorio: autoridad policial, Ministerio Público Fiscal, Defensoría Pública o Juez/a (art. 5).

Finalmente, el recurso tecnológico (video filmación) resulta de utilidad para el registro de la audiencia mantenida con todo el grupo familiar, en la que suelen plasmarse compromisos asumidos por los victimarios, revistiendo mucha utilidad la posibilidad de “enfrentarlos” con ellos ante las omisiones en que incurra.

Una cuestión constitucional

La Convención asigna a los NNA el carácter de sujeto jurídico especial, reconoce una “autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño” (art. 5) y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior (art. 3º.1) y un deber especial de protección.

El nuevo principio encuentra también apoyatura en el artículo 13.1 (libre expresión); en el art. 14.1 (libre pensamiento) y el art. 9.2 (dar a conocer sus opiniones). Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNA; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo (art. 24 de ley 26.061, dictada para adecuar al ámbito interno la CDN).

Ahora bien, el punto más discutido se relaciona directamente con la fiabilidad dada a los testimonios vertidos por niños y niñas. Del trabajo realizado por el equipo de cátedra de la materia de Derecho I dictada en la Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata² surgen seis conclusiones con respecto a los niños y niñas:

- Su memoria no es fiable.
- Son egocéntricos.
- Son altamente sugestionables.
- Tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.
- Hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- No comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

² *Bajo derecho a ser escuchado*, trabajo realizado por el equipo de la cátedra de Derecho I, Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata, integrada por el Abog. Gabriel M. A. Vitale, Abog. Elizabeth Azcona, María Laura Viscardi, Ctdra. María Elina López, Lic. Claudia López, Mariela Bertoa, Paula Tosi y Juan Olivetto.

No obstante, es cierto que la fiabilidad de los testimonios infantiles depende de cómo se formulan las preguntas y de otros factores que señalaré.

Un niño o niña inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo con entrenamiento, sensibilidad, compromiso y colaboración adecuada, es posible detectarlo. El apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez más reconocido en las legislaciones internas e internacionales, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre coincide con los textos legales.

Entre otras consideraciones que debería tener en cuenta el entrevistador/a para que se vean protegidos los derechos enunciados se encuentran:

- La edad;
- El grado de madurez y desarrollo;
- La presencia de personas de confianza;
- El estado emocional;
- La calidad de la ayuda de los adultos;
- Las peticiones de las partes;
- La oportunidad de las preguntas;
- El nivel de preparación y motivación del juez;
- El entendimiento del niño, niña o adolescente sobre los procesos.

No deberían descartarse estrategias lúdicas, en especial en niños de poca edad. El entrevistador –y esto incluye al juez/a– debería estar dispuesto a dibujar, dialogar, e incluso sentarse o arrodillarse en el suelo para generar confianza, y a partir de allí lograr oír al niño.

4.1. Modalidades de entrevistas

Tanto en la sala de audiencias como en el juzgado de familia se han adaptado los ambientes de modo tal que:

- a) Las dependencias se hallan acondicionadas, con mobiliario pertinente y en un ambiente despojado y neutro.
- b) Se evitaron colores estridentes, adornos o identificaciones de cualquier tipo.
- c) De manera adyacente existen otros cuartos de control donde se opera la video cámara y el equipo de grabación y desde el cual puede seguirse la entrevista (cámara Gesell), o se instaló un circuito cerrado de televisión en el despacho del juez (sala de audiencias).
- d) Se cuidó de nutrir al equipamiento de un moderno sistema de micrófonos ambientales, corbatero y auriculares para el control de la fidelidad de la grabación del sonido.

La entrevista en sede penal se lleva a cabo estableciendo la escena, informando sobre la presencia de otros adultos en la antesala, la finalidad, dándole al niño, niña o adolescente la oportunidad de relajarse y sentirse cómodo.

En general se siguen las pautas diagramadas en el art. 250 del Código Procesal Penal Nacional. En el juzgado de familia, además, se alienta al niño a suministrar datos en sus propias palabras a través de la narración libre, se hace especial hincapié en los derechos que lo asisten y que por tratarse de un derecho puede o no ser ejercido por el niño, niña o adolescente. Además, se les hace saber que les asiste la posibilidad de concurrir con persona de su confianza, que estará presente el representante del Ministerio Púpilar y que pueden, además, solicitar y mantener una audiencia a solas con el juez.

Un niño o niña, inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo con entrenamiento, sensibilidad, compromiso y colaboración adecuada, es posible detectarlo.

Los NNA, en ámbitos propicios, ejercen en la mayoría de los casos el derecho que les asiste, y con ello, aportan al juzgador/a esa mirada antes ausente, silenciada, que generalmente porta en sí misma lo que aquél indaga: la verdad.

Finalmente, y como lecciones aprendidas en este tiempo, podemos afirmar que el trabajo coordinado entre los operadores de diferentes oficinas (Ministerio Público Fiscal, Asesorías de Familia, Juzgados) en especial, en supuestos de víctimas de abuso, con la correcta utilización de los recursos disponibles evita la revictimización y logra los resultados esperados.

Pero además, los NNA, en ámbitos propicios, ejercen en la mayoría de los casos el derecho que les asiste, y con ello, aportan al juzgador/a esa mirada antes ausente, silenciada, que generalmente porta en sí misma lo que aquél indaga: la verdad.

NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS:

utilización de la tecnología.
Cuestión de justicia y de derechos

María A. Fontemachi¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar desde lo jurídico y la realidad la situación de los niños y niñas víctimas y testigos de delito.

La victimología es una ciencia reciente que surgió a partir de los años '40, como consecuencia del movimiento emprendido por Von Henting y Meldensohn que se dedicaron al estudio científico de las víctimas².

A partir de los años 70, se comenzó a generar un movimiento que puso su acento en la revictimización y en las víctimas, ya que hasta ese momento el énfasis se había puesto únicamente en el victimario. Es así que hace años los criminólogos Cesar Lombroso y Ferri intentaron establecer características o perfiles del victimario; sin embargo, la víctima nunca había sido tomada en cuenta desde lo social, legal y personal.

Especialmente preocupa en este contexto la situación de los niños y niñas que luego de pasar por experiencias difíciles y en algunos casos devastadoras, tienen que transitar por situaciones traumáticas y luego revivir a través de interrogatorios exentos de cuidado y de privación esas realidades violentas y de abuso. Esto se ha repetido a lo largo de la historia del mundo, como también el restarle culpa al victimario, naturalizando el delito y culpabilizando a la víctima como promotora de éste. Señala Eva Giberti cómo ello provoca consecuencias terribles para la futura vida del niño; la experiencia clínica evidencia que después de padecida una violencia sexual, treinta o cuarenta años después sigue produciendo consecuencias en la vida conyugal³. Por todo, es importante analizar de qué manera estamos haciendo y haremos respetar los derechos de los niños víctimas consagrados tanto en la normativa internacional como nacional y provincial⁴.

2 Mendelsohn, B., *La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea*, Rev. Illanud Naciones Unidas, Costa Rica, 1981.

3 Giberti, Eva, "El trauma de la irrupción de la sexualidad adulta en el universo infantil y sus consecuencias ulteriores", *Victimología*, Córdoba, Brujas, 1999.

4 Convención Internacional de los Derechos del Niño 1989, ley nacional 26.061, provincial 6354, Códigos de Procedimiento Penales provinciales, etc.

1 Jueza en lo Penal de Menores, Mendoza. Profesora de Derecho de niñez, adolescencia y familia, Universidad de Aconcagua.

2. Protección de derechos de niños víctimas y testigos: pasado y presente

A mediados de los '90 se emprendió un cambio de actitud, al percibir el daño que se ocasionaba por las sucesivas declaraciones y eventuales enfrentamientos con los victimarios, a la vez que se hacía tomar conciencia a los profesionales mediante capacitaciones en seminarios interdisciplinarios organizados en esa época por el fallecido criminólogo Juan del Pópulo.

Así, a solicitud de los entonces jueces de menores, se logró que algunos juzgados de instrucción aceptaran las declaraciones, con la intervención de psicólogos y en algunos casos de las Asesoras de Menores e Incapaces. Ejemplo de ello fue un caso muy lamentable y mediático ocurrido en el año 1996, el filicidio de un niño de 3 años, "Yoryi", que tuvo como espectadores a sus hermanos de 7 y 5 años, también víctimas de maltrato. La Cámara del Crimen que juzgó el caso aceptó y tuvo en cuenta para el debate oral la declaración prestada (con asistencia de la psicóloga y la asesora de menores) ante la juez de menores interviniente para no re victimizarlos, permitiendo que contaran lo sucedido delante de sus padres, imputados del delito. Ellos también eran víctimas de repetidos castigos. La declaración fue de vital importancia y permitió hacer justicia mediante la condena a prisión perpetua de los victimarios.

En el año 2005 el CAI elaboró un instructivo del procedimiento a seguir durante la declaración del niño en cámara Gesell, no obstante ello, algunos fiscales se han opuesto a que se le explique al niño las condiciones del estudio porque asegura que influye negativamente en la declaración y puede inducir su testimonio.

Luego se comenzó a utilizar la cámara Gesell, instalada en el edificio de los Juzgados de Familia y Penal de Menores y en el del Cuerpo de Mediadores en el año 1998. Ya en este rumbo, los Juzgados de Instrucción comenzaron a utilizarla en las declaraciones de los niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso.

Una vez producida la reforma del Código Procesal Penal en el año 1999, puesta en funcionamiento en el 2003 en algunas fiscalías sólo de Gran Mendoza, impone el sistema acusatorio, con el protagonismo del fiscal, único encargado de la investigación. Así, implementadas las unidades fiscales, algunas consideraron conveniente la recepción de la declaración del niño con este recurso tecnológico. En menor medida fue utilizada para la declaración en el debate de las cámaras del crimen. Por otro lado, la justicia civil, juzgados de familia o cámaras civiles han solicitado la cámara Gesell para observar la intervención de los profesionales en los conflictos generados en el ámbito familiar.

Habitualmente el procedimiento es el siguiente: una vez realizada la denuncia del abuso sexual en la oficina fiscal, se solicita la pericia psíquica con el objeto de evaluar mentalmente a la víctima sobre su estado y la veracidad de sus dichos, prueba importante para el proceso penal. La evaluación psicológica, psiquiátrica y, en algunos casos, social la realizan los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de la Justicia de Familia. Posteriormente, si el fiscal lo estima conveniente, solicita la colaboración de los profesionales que han intervenido en la evaluación previa para ayudar al niño en la declaración o ampliación en la cámara Gesell.

En el año 2005 el CAI elaboró un instructivo del procedimiento a seguir durante la declaración del niño en cámara Gesell, no obstante ello, algunos fiscales se han opuesto a que se le explique al niño las condiciones del estudio⁵ porque asegura que influye negativamente en la declaración y puede inducir su testimonio. Sin embargo, ni los profesionales del CAI ni la literatura científica sobre el tema comparten este criterio porque consideran que informar sobre las condiciones de la entrevista disminuye las ansiedades persecutorias y las características intimidatorias ligadas al desconocimiento del proceso en el que estén involucrados.

5. Qué es la cámara Gesell, motivo por el cual están allí, personas que se encuentran en la retro cámara, etcétera.

Respecto de la modalidad utilizada, en la cámara sólo se encuentra el niño con los profesionales, mientras que en la retro cámara se encuentran el fiscal, el abogado defensor del acusado, auxiliares de la fiscalía, los padres del niño y asesoras según que el caso lo requiriera. Durante el procedimiento el fiscal puede solicitar por teléfono la ampliación de algún tema en especial y trasmite al profesional las preguntas a formular. Cuando la cámara Gesell es utilizada para la declaración del niño en el juicio oral, en general se da a los profesionales un listado de preguntas elaboradas por las partes (fiscal y defensor) para que el niño responda. La Cámara del Crimen o Cámara Penal de Menores, según el caso, también presencia la entrevista. De esta manera se resguarda el derecho de defensa de los imputados y se salva de eventuales pedidos de nulidad.

Cabe destacar que las cámaras son filmadas con la asistencia de personal especializado desde lo técnico.

3. Experiencia en la utilización de la cámara Gesell como principal recurso de no victimización: aciertos y dificultades

En la experiencia del CAI, este recurso es considerado como válido tanto en el ámbito de la Justicia Penal como en el de la Justicia de Familia, ya que evita la revictimización del niño, brindando un ambiente menos traumático, con personas ya conocidas por él y quienes pueden contenerlo⁶. En principio, existieron algunas metodologías encontradas, fundadas en la falta de conocimiento y capacitación interdisciplinaria de los distintos protagonistas decisores de las acciones a seguir.

Uno de éstos fue el expresado desacuerdo sobre la conveniencia de decirle o no al niño que se encontraba en un lugar observado por otras personas. La experiencia ha demostrado que el ocultarles a los niños los motivos por los cuales se encuentra sometido a evaluaciones tanto físicas como psicológico-psiquiátricas y posteriores interrogatorios en cámara Gesell no es lo correcto y lesiona su derecho a la información. Este engaño posibilita su resquemor ante lo desconocido, factor que produce el efecto contrario a lo querido.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que el personal que se designe para asistir tecnológicamente a los profesionales debe ser idóneo y los medios tecnológicos, tales como micrófonos, filmadoras, teléfonos, deben funcionar en óptimas condiciones para poder posibilitar que se concrete el fin de no reiterar declaraciones y lograr el efecto contrario al deseado.

Otro de los temas debatidos ha sido el respeto del derecho de defensa de los imputados, por la facultad de interrogar a los testigos; para poder sortear este escollo, se filma la declaración de los niños víctimas y testigos, los que también durante el interrogatorio son escuchados (sin ser vistos) por los fiscales, defensores y jueces, los que preguntan a través de los profesionales por teléfono. En un principio se resistió a implementar a esta modalidad, sobre todo por falta de capacitación y de conocimiento de los medios, pero la resistencia ha cedido ante los resultados y la sensibilización de los actores de la Justicia Penal. Actualmente, se utiliza por casi todas las cámaras del crimen para no revictimizar a los niños en un enfrentamiento ante los abusadores.

Para tener una guía y uniformar respecto del modo de efectuar las evaluaciones se acordó confeccionar un protocolo que detallaremos a continuación.

El personal que se designe para asistir tecnológicamente a los profesionales debe ser idóneo y los medios tecnológicos, tales como micrófonos, filmadoras, teléfonos, deben funcionar en óptimas condiciones para poder posibilitar que se concrete el fin de no reiterar declaraciones y lograr el efecto contrario al deseado.

6 Experiencias de las Dras. Laura Hernández y Estela Ferrero, psiquiatra y psicóloga del CAI Mendoza.

4. Protocolo de actuación

En principio se refiere al encuadre, o sea, a las condiciones basales de contexto de una entrevista psíquica. Se hace referencia a las variables que se mantienen constantes, tales como: lugar, horario determinado, profesionales actuantes y demás factores que condicionan el campo de la entrevista.

No debe confundirse cámara Gesell con "cámara oculta", ya que la presencia del vidrio espejado no tiene la finalidad de ocultarle la situación en la que está inmerso sino de disminuir los estímulos distractores o ansiedades persecutorias que se promueven cuando muchos adultos intervienen.

En segundo término se refiere a la intervención en cámara Gesell. Participar a los entrevistados de las condiciones del estudio (presencia del vidrio espejado, micrófono, teléfono que suena) así como del equipo interviniente (fiscales, abogados, asesores, jueces, psicólogos, psiquiatras, auxiliares, etc.), a fin de controlar anticipadamente situaciones que pueden producirse y disminuir así su potencial como factores perturbadores, que pueden modificar el campo de la entrevista. A modo de ejemplo, se informa anticipadamente que puede sonar el teléfono durante la entrevista. Los expertos indican que el conocimiento de los factores contextuales que conforman el campo de la entrevista condiciona el relato.

Por otra parte, la información de tales aspectos permite establecer una relación de confianza que aumenta los intercambios comunicacionales. No informar sobre la presencia de personas tras el vidrio, así como de los elementos técnicos (micrófonos, cámaras, teléfono –que están a la vista de los niños–) implica una subestimación de la capacidad perceptiva y de comprensión de los niños como el bagaje de información que ya trae incorporado (medios de comunicación).

Ahora bien, no debe confundirse cámara Gesell con "cámara oculta", ya que la presencia del vidrio espejado no tiene la finalidad de ocultarle la situación en la que está inmerso sino de disminuir los estímulos distractores o ansiedades persecutorias que se promueven cuando muchos adultos intervienen. Además, Gesell creó la cámara para observar la conducta de los chicos sin que éstos se sintieran presionados por la mirada del observador. Por tanto, no debe considerarse que el informar al niño de la presencia de otras personas tras el vidrio pueda condicionar la libertad, la franqueza o la espontaneidad de sus declaraciones. De existir condicionamientos, pueden deberse a múltiples factores, entre ellos se pueden destacar: campo de la entrevista propiamente dicho, características personales de los entrevistados, naturaleza del hecho del que se ha sido víctima, etcétera.

El procedimiento consensuado es:

1. **Informar** sobre el encuadre de trabajo al funcionario que ordena la medida.
2. **Explicitar el encuadre** al niño, informando en qué consiste la entrevista, mostrando el espacio físico en que se desarrollará ésta y los elementos técnicos que se utilizarán. La información se suministrará conforme a la etapa evolutiva del niño, teniendo en cuenta especialmente sus posibilidades de comprensión y desarrollo del lenguaje.
3. **Entrevista propiamente dicha:** destinada a que el niño o niña pueda hablar sobre la problemática vivida y determinar criterios de credibilidad del relato.
4. **Cierre y contención del niño o niña víctima o testigo.**

Luego los profesionales son citados a las cámaras del crimen para responder a las dudas respecto de sus evaluaciones.

A partir del 5 de abril del corriente año, los profesionales del (CIF) de los Juzgados de Familia no intervienen más en esta evaluación, sino que la realiza el Cuerpo Médico Forense, que también evalúa a los victimarios. Esta decisión se tomó por razones funcionales de la Sala Administrativa.

En Mendoza se busca proteger a los niños y niñas víctimas y testigos de delito para no revictimizarlos en los procedimientos penales, al pretender averiguar la verdad de los hechos que los han tenido como protagonistas.

Respecto de las estadísticas en el año 2008 fueron realizadas:

46 intervenciones en cámaras Gesell;

5 remitidas por el fuero de familia en situaciones de régimen de visitas.

Año 2009, primer trimestre

14 intervenciones por derivación de Unidades Fiscales y solicitadas por el fuero de familia.

Respecto de las pericias realizadas en el año 2008

3 intervenciones derivadas de Cámara Civil con competencia en Familia;

1 intervención derivada de la Cámara del Crimen;

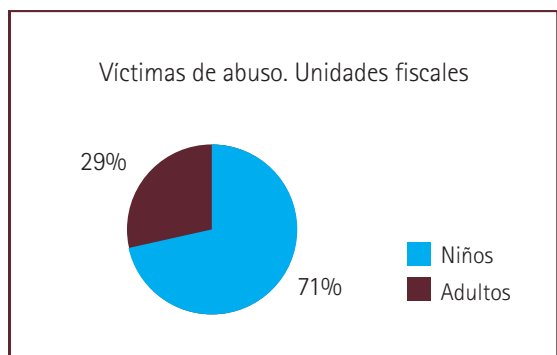
11 intervenciones derivadas de Juzgado Penal Juvenil;

26 intervenciones derivadas de fiscalías penales de menores;

434 evaluaciones periciales solicitadas por las Unidades Fiscales, de las cuales 93 son adultos.

Respecto de las denuncias de abuso sexual recibidas por los fiscales:

2006	588
2007	449
2008	611
2009	211



Si bien es cierto que en la provincia de Mendoza se trabaja desde hace mucho tiempo en la prevención de revictimización de niños y niñas con acciones concretas, este respeto debe concretarse en una ley para no quedar al arbitrio de los fiscales, jueces o camaristas del crimen.

5. Proyecto de ley para prevención y protección de las víctimas de abuso sexual

Si bien es cierto que en la provincia de Mendoza se trabaja desde hace mucho tiempo en la prevención de revictimización de niños y niñas con acciones concretas, este respeto debe concretarse en una ley para no quedar al arbitrio de los fiscales, jueces o camaristas del crimen. Así lo entendieron hace dos años en la H. C. de Senadores de la provincia, presentando el proyecto de ley que consta en expte. 0000053252, que tiene como antecedente la ya sancionada ley 7303 (1/12/2004), cuyo tema central era la creación de un "Programa Provincial de Prevención Primaria

de Abuso Infantil" a través de equipos de capacitadores en centros y escuelas. El nuevo proyecto plantea una reforma en los procesos judiciales para que los niños y niñas no deban enfrentarse a una serie de procedimientos judiciales, pruebas, pericias que, amén de ser exhaustivas, muchas veces los hacen enfrentarse a los propios victimarios, con las consecuencias que esto acarrea. Estos niños o niñas abusados/as entablan una relación de cuasi terror, vergüenza y hasta jerárquica que en ocasiones retarda y prolonga en el tiempo el abuso. La ley, entonces, pretendió disminuir el trauma de la víctima en la investigación del abuso infantil y mejorar la calidad de la evidencia colectada para el enjuiciamiento del abuso infantil. En su exposición de motivos expresó que "resulta trascendental evitar esta experiencia traumática de un niño que debe describir en detalle exigente el abuso sexual en las manos de un miembro de la familia o extraño y también experimentar el examen sumamente invasivo necesario para procesar al abusador, y que los careos quedarán completamente excluidos, así como también las exposiciones del menor abusado ante situaciones de estrés postraumático cualquiera sea el tipo de abuso sexual del cual fuera víctima. De su contenido es relevante rescatar el art. 6, donde expresa que 'se trabajará con un equipo interdisciplinario de abogados y psicólogos a los fines de llevar a cabo las reformas pertinentes en los procesos judiciales, sean de índole civil o penal, para erradicar todo tipo de exposición de la víctima a audiencias, careos u otras medidas que hoy se adopten en los procesos judiciales a fin de llegar a sentencia. Así como también procurar simplificar todo el proceso civil y penal al respecto' ".

De su contenido es relevante rescatar el art. 6, donde expresa que se trabajará con un equipo interdisciplinario de abogados y psicólogos a los fines de llevar a cabo las reformas pertinentes en los procesos judiciales, sean de índole civil o penal.

También propone una reforma en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza a su art. 108 Derechos de la Víctima; en su art. 8, entre las modalidades de prestar declaración, dice: "Cuando deba prestar declaración un menor de dieciséis (16) años, víctima de algunos de los delitos tipificados en el Libro II, Título I, Capítulo II y Título III del Código Penal, previo a la concreción del acto procesal, el juez o tribunal deberá requerir de un equipo interdisciplinario de profesionales especializados en maltrato y abuso sexual infantil, un informe acerca del estado general del menor y de las condiciones en que se encuentra para participar del acto. El juez o tribunal, conforme el informe que se le eleve, podrá ordenar que el menor sea interrogado exclusivamente por alguno de los profesionales del equipo interdisciplinario, pudiendo optar por presenciar el acto o no. Los profesionales intervinientes tomarán la declaración del menor en un lugar adecuado acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; debiendo confeccionar informes detallados donde consten los dichos del menor, la existencia de síntomas y signos indicadores de abuso sexual infantil y las conclusiones a que se arriben con relación al hecho investigado".

"A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de los medios técnicos con que se cuente. El juez o tribunal harán saber al profesional que recibirá la declaración del niño o niña las inquietudes propuestas por las partes, así como las que sugieren durante el transcurso del acto".

"Toda medida procesal que el juez o tribunal estime procedente realizar con el niño o niña, como cualquier pericia que se proponga, deberá previamente ser considerada por el equipo interdisciplinario, el que informará fundadamente acerca de si el niño o niña está en condiciones de participar o si la misma puede afectar de cualquier manera la recuperación de la víctima. En los supuestos en que el juez o tribunal ordene alguna medida en la que deba participar el menor, deberá estar acompañado por alguno de los profesionales que integran el equipo interdisciplinario. En el supuesto que la medida ordenada por el juez o tribunal lo sea en contra del criterio sustentado por el equipo interdisciplinario, el juez deberá acatar dicho informe fundado en razones técnico-profesionales. Debiendo el mismo suspender todo tipo de interrogatorio hacia el menor presuntamente abusado. El juez o tribunal en base al informe que el equipo le brinde podrá disponer, que en la medida en la que deba participar el menor, no se encuentre

presente –bajo ningún aspecto– el imputado. Queda expresamente prohibida la realización de careo del niño o niña víctima con el o los imputados".

"Cuando se tratara de víctimas que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 21 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe del equipo acerca de la existencia de riesgo para el niño o niña en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el presente artículo".

Este proyecto de ley perfectible debería ser sancionado, pero por desacuerdos entre los distintos protagonistas no ha podido llevarse a cabo a la fecha.

6. La mediatización del producto de los medios tecnológicos y la vulneración de derechos

A todo este horror que viven los niños víctimas, especialmente de abuso sexual, se agrega otro: la violación del derecho del niño a su intimidad que provocan los medios de comunicación, al hacerlos objeto de "entretenimiento" popular exponiendo sus casos, sus rostros y hasta sus declaraciones por medios televisivos, gráficos, etcétera. Las víctimas son cada día más y no sólo deben sufrir el abuso sino que su desdicha se transforme en un espectáculo circense.

En una oportunidad se publicó en el diario local más prestigioso que una niña de seis años había sido abusada en el colegio por un compañero, con todos los detalles que permitían identificarla a ella y a su familia, luego las evaluaciones médicas demostraron que no era cierto, pero esto nunca se supo, y la niña quedó signada por esta situación.

Muchas veces se han publicado, por medios gráficos, situaciones de abuso en ámbitos escolares por parte de los propios niños a compañeros de clase como también, dentro del ámbito familiar, pero, hasta ahora no se había expuesto como un "espectáculo" televisivo.

Antonio Berastain habla de la "Justicia Victimal" como una nueva e innovadora teoría y praxis con fin de conocer y responder colectivamente a las víctimas, creando un lugar de reparación de daños causados y de dignificación de todas las víctimas.

Relataré uno de los tantos episodios que los masivos medios masivos, como la televisión, nos brindan. Me conmovió y espero que no se permita en el futuro. Con desazón presencié hace pocos días cómo en un noticiero de televisión abierta en la provincia de Buenos Aires (se veía por cable en forma simultánea en todo el país) se exponía una situación de abuso sexual familiar. Se transmitía la filmación de una evaluación psicológica practicada en una cámara Gesell de una niña de aproximadamente 7 años, a quien entrevistaban dos mujeres jóvenes (psicólogas del Cuerpo Interdisciplinario de la Justicia de Familia) sentadas alrededor de una mesa redonda. Las profesionales, poniendo voz de niñas, interrogaban sobre "¿que le había pasado?" "alguien la había tocado", "¿quién le había tocado?" "si su papito le había puesto algo en...", "si la ténpera se la puso con la bombachita puesta", "si le había frotado". A todo esto, la niña, a la que se veía perfectamente, sólo estaba un poco borrada su faz, inocentemente y con su vocabulario infantil, respondía las preguntas en forma espontánea y positiva, describiendo los abusos, terminando la sesión con un "yo lo perdóné a mi papá". Esto luego era comentado por el periodista, mostrando fotos del padre (hijo de un reconocido político) con la niña, fotos familiares, etcé-

A todo este horror que viven los niños víctimas, especialmente de abuso sexual, se agrega otro: la violación del derecho del niño a su intimidad que provocan los medios de comunicación, al hacerlos objeto de "entretenimiento" popular exponiendo sus casos, sus rostros y hasta sus declaraciones por medios televisivos, gráficos, etcétera.

tera. La filmación luego fue reproducida por un canal mendocino, lugar donde vive la niña, exposición que sin duda tendrá consecuencias negativas en su vida futura.

Es necesario que los poderes judiciales del país puedan contar con los medios tecnológicos necesarios, propiciar distintas acciones para prevenir el abuso sexual y la violencia contra los niños y niñas y asistir, contener en su caso, sobre todo para que esta violencia no se eternice. Las normas están, los derechos también, pero faltan acciones conjuntas para que sean realidad.

En la República Argentina y creo, en la mayoría de los países del mundo, se consagran derechos que protegen contra el abuso, la violencia familiar y también la imagen del niño, el derecho a resguardar su intimidad, su integridad. Ejemplo de ello es la Constitución Argentina, en los arts. 18, 19 y 33; la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 11, inc. 2º; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 17.1; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 11.2; la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 11.2, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, arts. 24 y 16, y en Mendoza la Ley 6354 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, que específicamente expresa que "ningún medio de comunicación publicará o difundirá, informaciones que puedan dar lugar a la individualización de niños y adolescentes víctimas de un delito, declarando que el incumplimiento dará lugar a las sanciones que establece el ordenamiento legal vigente", también lo consagra la nueva Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Sabemos que siempre debe considerarse a los niños como sujetos prevalentes de derechos, a saber: su derecho no puede sucumbir ante ningún otro. Esta realidad, que se reitera a pesar de la prohibición, perjudica doblemente a los niños y lamentablemente no ha sido penalizada. Las normas penales no lo contemplan y desde el punto de vista del resarcimiento civil, es muy difícil de probar. Lo importante es que no se produzca el daño, y si se produce, que tenga las menores consecuencias posibles. Señalan las Naciones Unidas que frente al delito "En lugar de responder con rapidez y eficacia a las necesidades de las víctimas e impedir una victimización mayor, la sociedad estigmatiza a las víctimas del delito. La gravedad y los costos sociales de la victimación aún están muy lejos de ser estimadas por las investigaciones criminológicas. Los estudios señalan dos niveles: el daño producido por el delito y el daño producido por la incomprensión y desconocimiento".

En la Argentina de hoy los medios de comunicación tienen un poder difícil de controlar y no existen maneras eficaces para limitarlos y responsabilizarlos por el daño que pueden ocasionar. Por eso, debe concientizarse a los responsables de los multimedios, para que se autolimiten y eviten en las sucesivas situaciones como la descripta; en una palabra, que se priorice el derecho de los niños sobre cualquier otro interés o poder.

7. Conclusión

Creo que todo lo que se pueda hacer para que finalice el horror del abuso sexual es poco, pero comencemos con algo, en principio, la capacitación de los funcionarios, magistrados a cargo de la investigación y de los jueces y camaristas encargados del juzgamiento para evitar la revictimización, también de los profesionales que realizan los estudios y evaluaciones de niños víctimas y testigos.

Es necesario que los poderes judiciales del país puedan contar con los medios tecnológicos necesarios, propiciar distintas acciones para prevenir el abuso sexual y la violencia contra los niños y niñas y asistir, contener en su caso, sobre todo para que esta violencia no se eternice.

Las normas están, los derechos también, pero faltan acciones conjuntas para que sean realidad.

ANEXO

Ley de Violencia Familiar 6672

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, sancionan con fuerza de ley:

Artículo 1.- Toda persona que sufriera maltrato físico, psíquico o sexual por parte de los integrantes del grupo familiar podrá efectuar la denuncia verbal o escrita ante los jueces de Familia de la Provincia, y solicitar las medidas cautelares conexas.

Artículo 2.- A los efectos de la presente ley, se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho y comprende a todos los grados de parentesco, siempre que sean convivientes; y a las personas allegadas a ese núcleo cuando por cualquier circunstancia cohabitaran regularmente con características de permanencia.

Artículo 3.- El juez interviniente en todo proceso por maltrato físico, psíquico o sexual, cometido en el ámbito indicado por el artículo 2 de la presente ley, podrá requerir un diagnóstico de interacción familiar que será efectuado por peritos de diversas disciplinas, para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la o las víctimas, la peligrosidad del autor y el medio social y ambiental de la familia. Asimismo, de acuerdo a la gravedad de la circunstancia, podrá adoptar una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- 1) Prohibir el acceso del autor a los lugares de permanencia habitual de la o las víctimas;
- 2) Ordenar el reintegro al domicilio de la o las víctimas que hubieran salido del mismo por razones de seguridad personal.

Artículo 4.- En cualquier estado del proceso, el juez interviniente podrá requerir la presencia del agresor y de la víctima en forma separada, a fin de evaluar la posibilidad de fijar una audiencia para proponer una mediación conciliatoria.

Artículo 5.- El Poder Ejecutivo deberá implementar, a través del área competente, la creación de organismos que centralicen y coordinen los programas de prevención de violencia familiar que contemplen la atención en un consultorio psico-socio-legal en forma gratuita y anónima, una línea telefónica directa para la contención y asesoramiento en la urgencia y grupos de rehabilitación de las víctimas. A estos fines se incluirán las partidas presupuestarias necesarias para afrontar los gastos que demande su instrumentación.

Artículo 6.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se deberá prever, en cada comisaría de la provincia, la existencia de personal policial capacitado en el tema de la prevención de violencia contra la mujer e intrafamiliar, en forma obligatoria y permanente, con el fin de atender a las víctimas con el mayor grado de privacidad posible en las salas habilitadas o que se habiliten a tal efecto. La capacitación estará a cargo de instituciones gubernamentales especializadas en el tema, y universidades públicas y/o privadas con las cuales se celebren convenios.

Artículo 7.- La autoridad interviniente podrá ordenar el acompañamiento de la víctima a su domicilio a los efectos de retirar los documentos y elementos indispensables hasta tanto se resuelva definitivamente la situación.

Artículo 8.- El patrocinio letrado no será obligatorio para actuar en las causas incluidas en esta ley, pero en los casos en que el juez lo considerare necesario y la víctima no tuviere recursos suficientes, deberá requerirse la intervención de la Defensoría de Pobres.

Artículo 9.- Adhiérase a la Ley Nacional 24.417 en tanto y en cuanto no se oponga a lo previsto por la presente.

Artículo 10.- La competencia atribuida por el art. 1º de la presente tiene carácter transitorio y tendrá vigencia hasta la puesta en funcionamiento de los tribunales de Familia en la provincia.

Artículo 11.- Modifícase el artículo 216 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 216.- La medida establecida en el artículo anterior se dispondrá con posterioridad a la indagatoria del imputado, salvo que, teniendo en cuenta las características y la gravedad del hecho denunciado

como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél, el juez interviniente estimara que debe efectivizarse de inmediato. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, se dispondrá su inmediato levantamiento".

Artículo 12.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dado en el Recinto de Sesiones de la Honorable Legislatura, en Mendoza, a los veinte días del mes de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Ley 6730 Código de Procedimiento Penal

Derechos de la víctima

Artículo 108 - Víctima del Delito.

La víctima del delito o sus herederos forzosos tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

- a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.
- b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.
- c) Ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado.
- d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.
- e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.
- f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público, podrá disponer a petición de la víctima o de un representante legal o del Ministerio Púpilar, como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima. Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza.

Artículo 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos. (El destacado es nuestro)

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

Ley 6354

Artículo 8. El Estado garantizará al niño y adolescente víctima de delitos la asistencia física, psíquica, legal y social requerida para lograr su recuperación

Artículo 53. Corresponde al Juez de Familia en turno tutelar entender, de oficio o a pedido de parte, en las siguientes causas: a) cuando el menor o incapaz resultare víctima de una infracción a las normas penales, de faltas o contravenciones cometidas por sus padres, tutor, guardador o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo;

Artículo 122. La Justicia de Familia y en lo Penal de Menores, la Policía de Mendoza, la Dirección Provincial de la Niñez y Adolescencia y cualquier funcionario público u organización no gubernamental con injerencia en la materia, que tomare conocimiento que un menor o incapaz sufre perjuicio por abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación; o hubiere cometido una falta o delito, o resultare víctima de faltas o delitos, están obligados a poner ese hecho en conocimiento del Ministerio Público Fiscal y Púpilar, según corresponda, en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARIO BATALLER, S., *Intervención psicológica en víctimas de violación*, Valencia, Promolibro, 1993.
- ALESSANDRO DE COLOMBO, M., et al, *El psicodiagnóstico de Rorschach. Interpretación*, Buenos aires, Ediciones Klex, 1994.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEYRA, Miguel A., "Regulación constitucional de la prueba de testigos. La cláusula de la confrontación", LL, 10/6/2002, pág. 1 y ss.
- ALONSO QUECUTY, M., "Mentira y testimonio. El peritaje forense de la credibilidad", *Anuario de Psicología Jurídica*, Madrid, Colegio de Psicólogos de Madrid, 1991.
- ANALES IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, Colegio Oficial de Psicólogos de España, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid y Casa de América, 2001.
- ANALES V Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica y Policía de Investigaciones de Chile, 2003.
- ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", *Jueces para la democracia, información y debate*, n° 46, marzo 2003, pág. 57 y ss.
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial (en el proceso penal)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, en prensa, con cita de L. De Cataldo Neuburger.
- ANKER ULLRICH, Christian, "Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños", *Revista N° 5 de Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, pág. 119 y sig.
- ARCHIVO del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional de la República Argentina.
- ARRUABARRENA, H., "La ideología del incesto", en *El discurso del Psicoanálisis. Coloquios de la Fundación*, N° 4, México, Editorial Siglo XXI, 1992.
- BALDARENAS, Jorge A., ¿Son los "menores"... incapaces?, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, nro. 11, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 89.
- BECHER DE GOLDBERG, D., *Maltrato infantil. Una deuda con la niñez*, Buenos Aires, Urbano editores, 1985.
- BELOFF MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pág. 2.
- BELOFF, Mary, "El sujeto de derecho como sujeto procesal: menores de edad como querellantes. Comentario a la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el Expediente Nro. 22.475", *Suplemento de Derecho Penal de la Revista Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, septiembre de 2004.
- BIDART CAMPOS, G., "Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*", publicado en AA.VV., *El Derecho Constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*, coord. Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A., Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 13.

BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, 2000, Buenos Aires, Ediar, pág. 390.

BIDART CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contra-examen en el proceso penal chileno*, Santiago de Chile, Librotecnia, pág. 13.

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.

CANGENOVA, Marisa I. y COSTABEL, Néstor G, en "Interrogatorio a menores de edad víctimas de delitos", publicado en LL, 2005-A, 978.

CECI, Stephen J., y Maggie BRUCK, "Jeopardy in the Courtroom. A scientific analysis of children's testimony", American Psychological Association, 1995.

CHIAVARIO, Mario, *Processo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, T. II, pág. 172 y ss.

CIE 10, *Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Organización Mundial de la Salud, 1992

CILLERO BRUÑO, 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.

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

CLEMENTE DÍAZ, M., *Fundamentos de la psicología jurídica*, Madrid, Editorial Pirámide, 1995.

DELGADO BUENO, S., *Psiquiatría legal y forense*, Madrid, Editorial Cólax, 1994.

DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS, ADOLESCENTES Y MUJERES. COMPENDIO LEGISLATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS, Buenos Aires, UNICEF, 2010.

DIGES JUNCO, M., y ALONSO-QUECUTY, M. L., "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores", *Revista del Poder Judicial*, núm. 35, pág. 43 y ss.

DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14-12-1990.

DUCE, Mauricio, BAYTELMAN, Andrés, *Litigación penal en juicios orales*, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales 2001.

DUCROT, O., *Dire et ne pas dire*, Paris, Minuit, 1972.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (aunque con el agregado de directrices) (prólogo de Albert Calsamiglia), Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pág. 9 y ss.

ECHEBURÚA, E., *Personalidades violentas*, Madrid, Ed. Pirámide, 1994.

ESTRELLA, Oscar A., *De los delitos sexuales*, Buenos Aires, Depalma, 2005.

FÁBREGA RUIZ, C. F., "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", *La Ley*, núm. 6289, 6-7-2005

- FANLO CORTÉS, Isabel, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate", *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 4, UNICEF, noviembre de 2002, págs. 67 y 68.
- FELLINI, Zulita, "Aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° III-2004, pág. 53.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 150-151.
- FERRUA, P, "Processo penale e verità", en *La Bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforma*, Milano, 2001, pág. 218
- FERRUA, Paolo, *Studi sul processo penale*, Torino, Giappichelli Editore, T. I, pág. 22 y ss.;
- FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Colombia, Temis, 1998, pág. 57 y ss.
- FREUD, S., "El Yo y el ello", en *Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989.
- 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.
- GARCÍA, Luis M., "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso 'P.S. v. Alemania'", LL, 2002-F., pág. 15 y ss.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 49.
- GHETTI, S., "Opinión sul sistema giudiziario di vittime di *child sexual abuse* coinvolte in procedimenti penali negli Stati Uniti", en *Chiedere, rispondere e ricidare*, Roma, 2003, págs. 105-107.
- GIBERTI, E. y otros, *Incesto paterno filial contra la hija niña*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.
- GIBERTI, E., "Introducción al estudio de la víctima", en *Revista de Victimología*, N° 18, Universidad de Córdoba, Centro de Atención a la Víctima, 1999.
- GIBERTI, E., "La alteridad, un síntoma de género entre niñas y niños", en M. Rodolfo y N. Gonzalez (comps.), *La problemática del síntoma*, Buenos Aires, Paidós, 1997.
- GIBERTI, E., "La niña, para una ontología de la discriminación" en *Discriminación de género y educación*, Compilación Faur/Lipsyc, Buenos Aires, Ed. INADI, UNICEF, 2003.
- GIBERTI, E., "La niña: Para una ontología de la discriminación" en *Revista Feminaria*, Año XIV, N° 26/27, 2001.
- GIBERTI, E., "Los malos tratos contra niños y niñas", en *Revista Actualidad Psicológica*, julio, Buenos Aires, 2002.
- GIBERTI-LAMBERTI-VIAR-YANTORNO, *Incesto paterno filial. Una visión multidisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.
- GIOSTRA, Glauco, "Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale", en *Politica del diritto*, año XVII n° 1, marzo de 1986, pág. 26 y ss.;
- GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, "Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais", Brasil, Maleheeiros editores, 1992.

GOODMAN y otros, *Testifying in Criminal Courts: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Monographs of the Society for Research in Child Development, 1992.

GOODMAN Y REED, *Age Differences in Eye Witness Testimony*, Law Et Human Behaviour, N° 1, 1987.

GOODMAN, G., et al., "The Emotional Effects of Criminal Court Testimony on Child Sexual Assault Victims, in The Child Witness: Do the Courts Abuse Children?", "Issues in Criminological and Legal Psychology", No. 13, págs. 46, 52 (British Psychological Society 1988).

GREIMAS y COURTRES, J., *Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, Madrid, Gredos, 1978

GUINCHARD, "Vers une démocratie procédurale", *Justices*, 1999, pág. 103.

GUTIÉRREZ, Pedro A., *Delitos sexuales sobre menores*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2007.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

HÉRITIER y otros, *Del incesto*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1995.

HEWITT, Sandra K., "Assesing Allegations of Sexual Abuse en Preeschool Children", Sage Publications, 1998.

HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, 2002.

HONTS, Charles R.(Ph.D), "Assessing children's credibility: Scientific and legal issues in 1994", *North Dakota Law Review*, vol. 70, 1994, Number 4.

IGARTUA SALAVERRIA, J., "El nombre de la 'intermediación' en vano", *La Ley*, núm. 5768, 25-4-2003.

ILLUMINATI, G, "La nuova disciplina in materia de formazione e di valutazione della prova", en *Compendio de Procedure Penale*, CONSO-GREVI, *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, pág. 126.

JOHNSON y FOLEY, *Differentiating Fact From Fancy: The Reliability of Children's Memory*, citado por MILLER, Dane, *Confrontation and Cross-Examination of the Child Witness: Witness protective measures in light of "Coy v. Iowa"*.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio", en CDJP, n° 9-C, pág. 215 y ss.

KILPATRICK, D. G., "Etiología y factores predictivos de estrés postraumático en víctimas de agresiones sexuales", en *Avances en el tratamiento psicológico de los trastornos por ansiedad*, Madrid, Editorial Pirámide, 1992.

LANGEVIN, Julián H., "El derecho del imputado a estar presente en su propio juicio", *La Ley*, 27 de diciembre de 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Navarra, Aranzadi, 2004.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, pág. 303 y ss.

LOZZI, Gilberto, "I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1999.

MARI, E., *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, EUDEBA, 2002.

Mary BELOFF, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2004, págs. 1-45.

MINYERSKY, Nelly; HERRERA, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

MIOTTO, N., "Suicidio en la adolescencia", en I Jornadas de Promoción Integral de la Salud, Buenos Aires, 1992.

MOLINA CENTENO DE MADA, Silvia, "Cómo el testimonio del menor, víctima de delitos sexuales, puede transformarse en un acto reparatorio de su salud mental", *La Ley Actualidad*, boletín del 27/4/1999.

MYERS, John E. B., "Expert Testimony Regarding Child Sexual Abuse" en *Child Abuse and Neglect*, vol. 17, 1993, págs. 175-185.

NANZER, Alberto "La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación", en *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

NEUMAN, Elías, en *Victimización y control social*, pág. 116 y ss., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994.

PARAMES, Mario, "El interrogatorio subrogado de menores es constitucional", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* N°14, octubre de 2005, LexisNexis, pág. 1591 y ss.

PERRONE, R., "Secuelas del abuso sexual en el desarrollo del pensamiento", *Perspectivas sistémicas*, Año 9, N° 46, 1997.

PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú/Courtis (comps.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

PRADEL, "La notion de procès équitable en droit pénal européen", *Revue générale de droit*, 1996, pág. 507.

PUBLICACIONES DE LA ASOCIACIÓN DE PSICÓLOGOS FORENSES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (www.apfra.org.ar).

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28-11-1985.

SCHETKY, D., "Ethical issues in forensic child and adolescent Psychiatry". *J. Am. Acad. Child and Adolescent Psychiatry*, may 1992, 31, 3.

STELLER, M. y BOYCHUK, T., (1992). "Children as witness in sexual abuse cases: investigative interview and assessment techniques", H. Dent y R. Flin (eds.), *Children as witnesses*, Chichester, Wiley, págs. 47-71.

STELLER, M. y KÖHNKEN, G., "Criteria-based Content Analysis", DC Raskin (ed.), *Psychological Methods in Criminal Investigation and Evidence*, New York, Springer Publishing Company, 1989.

TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè Editore, 1992.

TRECHSEL, Stefan, "La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea", en *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991.

UBERTIS, G, "Doppio binario, contraddittorio sulla fonte di prova e incompatibilità del giudice", en *Argomenti di Procedura Penale*, Milano, 2002.

URRA PORTILLO, J., *Tratado de Psicología Forense*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 2002.

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

VAIHINGER, Hans, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche [La filosofía del "como si". Sistema de las ficciones teóricas, prácticas y religiosas de la humanidad fundado en un positivismo idealista. Con un anexo sobre Kant y Nietzsche]*, 2ª ed., Berlín, Reuther und Reichardt, 1913.

VOLNOVICH, J. (comp.), *Abuso sexual en la infancia 3. La revictimización*, Buenos Aires, Lumen, 2008.

ZANETTA MAGI, Mariela, "La cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales", publicado en www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm.



JUFESUS

ADC / Asociación por los
Derechos Civiles

unicef 