

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 instrumentalizarle 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.