



## 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 canadiense<sup>1</sup>

Paul H. Reinhardt<sup>2</sup>

## 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 Libertades<sup>3</sup> ("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 Constitución<sup>4</sup>. 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 niños<sup>5</sup>. 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 éstos<sup>6</sup>.

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 internacionales<sup>7</sup>. 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 interno<sup>8</sup>.

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 codificado<sup>9</sup>. 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 propuestos<sup>10</sup>.

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 sexual<sup>11</sup>. 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 testigos<sup>12</sup>. 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 Carta<sup>13</sup>. 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"<sup>14</sup>.

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 testimoniales<sup>15</sup>. Mi intención es debatir las siguientes preguntas: ¿Estas nuevas tecnologías realmente asisten a los niños víctimas o testigos?<sup>16</sup> ¿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"?<sup>17</sup>

¿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 violencia<sup>18</sup>. La Sala "J" inició sus sesiones en 1992 con un equipo especializado de fiscales, asistentes a las víctimas y otros profesionales<sup>19</sup>.

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 sillas<sup>20</sup>. 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 sala<sup>21</sup>. 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 tribunal<sup>22</sup>.

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 Penal<sup>23</sup>

### 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 Canadá<sup>24</sup>

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 denunciaron<sup>25</sup>.

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 mampara<sup>26</sup>.

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 respecto<sup>27</sup>. 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 acusado<sup>28</sup>.

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 Carta<sup>29</sup>. En efecto, disposiciones anteriores similares han superado los desafíos de la Carta<sup>30</sup>.

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 vergonzosas<sup>31</sup>.

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"<sup>32</sup>. 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 testimonio<sup>33</sup>.

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 investigación<sup>34</sup>.

**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 criminología<sup>35</sup>.

**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 adulto<sup>36</sup>.

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"<sup>37</sup> 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"<sup>38</sup>.



## ¿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 público<sup>39</sup>. 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"<sup>40</sup>? 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 ubicación<sup>41</sup>. 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"<sup>42</sup>. 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 CCTV<sup>43</sup>. 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 años<sup>44</sup>.

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 adversa<sup>45</sup>.

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 mampara<sup>46</sup>. 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*<sup>47</sup>. 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 mentir<sup>48</sup>. 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"<sup>49</sup> 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 legales<sup>50</sup>.

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 video<sup>51</sup>.

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 tribunal<sup>52</sup>.

"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 testimonio<sup>53</sup>.

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 adultos<sup>54</sup>.

**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 autoridades<sup>55</sup>. 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 precisión<sup>56</sup>. 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 confiabilidad<sup>57</sup>.

**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 probatorio<sup>58</sup> y se puede ordenar la exclusión en aquellos casos en que es claro que la entrevista se ha ensayado y "guionado"<sup>59</sup>.

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 sección<sup>60</sup>, aunque el juez puede editar la grabación de video con el fin de excluir las partes inadmisibles antes de reproducir el video frente al jurado<sup>61</sup>.

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 video<sup>62</sup>.

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 credibilidad<sup>63</sup>. En consecuencia, se debe advertir al jurado acerca de los peligros de condenar únicamente sobre la base de la grabación de video<sup>64</sup>. En este sentido, no debe servir como una prueba a entregar al jurado para que éste lo analice durante las deliberaciones<sup>65</sup>.

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 justo<sup>66</sup>.

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 2001<sup>67</sup>. 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 técnica<sup>68</sup>; por el contrario, como se dijo, el estudio del simulacro en el tribunal respalda las preocupaciones de las Coronas<sup>69</sup>. 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 Ayuntamiento<sup>70</sup>.

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 médicos<sup>71</sup>.

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-interrogatorio<sup>72</sup>.

**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 pregunta<sup>73</sup>. Estos son principios fundamentales para interrogar testigos en la sala, pero muchos oficiales de policía, a quienes he observado, parecen no conocerlos<sup>74</sup>, 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 jurado<sup>75</sup>.

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 sentimientos<sup>76</sup>. 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.

<sup>76</sup> 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 justicia<sup>77</sup>.

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 lograrlo<sup>78</sup>. 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 pretende 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 desprestigen 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 contencioso<sup>79</sup>.

**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 años<sup>80</sup>.

**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 inadmisibles 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 contemporáneas<sup>81</sup>.

**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 pruebas<sup>82</sup>.

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.)